5062 Bibl.Mont - 1

Handbuch

des deutschen gemeinen

Prozesses

in einer

ausführlichen Erörterung

seiner

wichtigsten Gegenstände

von

Hofrath und Professor Gönner

zu Landshut.

Erster Band.

Erlangen

bey Johann Jacob Palm.

1801.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Dem

Durchlauchtigsten Fürsten und Herrn

Herrn

Maximilian Joseph

Pfalzgrafen bey Rhein, in Ober- und Niederbaiern

Herzoge, des Heil. Röm. Reichs Erztruchsessen und

Kurfürsten, Herzoge zu Jülich, Cleve und Berg,

Landgrafen zu Leuchtenberg

2c. 2c.

in

tiefester Ehrfurcht

geweihet

vom

Verfasser.

Vorrede.

Der Beifall, mit welchem der zweite Theil meiner juristischen Abhandlungen unter dem Titel: Erörterungen über den gemeinen Prozeß, aufgenommen wurden, bewog mich zur Fortsetzung dieser Arbeit, besonders da ich hierdurch auch noch in der Zwischenzeit, bis die Berichtigung des Reichsfriedens größere Arbeiten im Staatsrechte unternehmen läßt, nützen konnte. Gewiß muß es zu den angenehmen Erscheinungen gerechnet werden, daß nebst einer neuen Auflage des Danzischen Werks noch zwey neue Lehrbücher von Grolman und Martin in einem Jahre über den gemeinen Prozeß erschie-

)(

nen sind, und jeder wird diese Erscheinung als einen Beweis von der Wichtigkeit dieses Gegenstandes anerkennen; ich wollte daher meinem Werke eine grössere Ausdehnung geben, als ich durch besondere ausserordentliche Umstände veranlaßt wurde, im vorigen Jahre über den gemeinen Prozeß Vorlesungen zu halten, ob er gleich mit meinen Lehrgegenständen nicht verbunden ist; ich legte Grolman zum Grunde, und überzeugte mich bald, daß durch die Bearbeitung dieses würdigen Gelehrten der gemeine Prozeß eine neue Tendenz erhalten habe, und eben dadurch ein Handbuch nach eben dieser Tendenz wahres Bedürfniß geworden sey; dieses zu liefern, ward mein Entschluß, und nicht ohne Mißtrauen in mich übergebe ich hier den ersten Theil dem Publikum. Ueber den Namen Handbuch muß ich mich schon näher erklären, damit ich ungegründeten Vorwürfen zuvorkomme.

Nie konnte ich mich von dem Nutzen der Commentare überzeugen, welche in der bisherigen Form über ein Lehrbuch geschrieben werden. Sie machen den Lehrling ge-

gen den mündlichen Vortrag gleichgültig, ohne ihn zu ersetzen: sie bringen die alltäglichsten Sätze in einer größern Ausdehnung vor, und entziehen sich den Raum für andere neue wissenschaftliche Forschungen, ohne daß der Satz, einmal aus dem Lehrbuche verstanden, durch ein solches Wortgepränge verständlicher würde: sie sind an das Lehrbuch gefesselt, zu welchem sie geschrieben wurden, und mancher guter Commentar verliert von seinem Werthe, wenn ein besseres Lehrbuch erscheint, oder er ist die Ursache, daß ein besseres Lehrbuch dem Schlechteren den Vorsprung nicht abgewinnt, weil über das letzte ein Commentar existirt. Nach meinen Grundsätzen sollte also ein Handbuch niemals den mündlichen Vortrag entbehrlich machen, von keinem Lehrbuche abhängen, nicht mit Umschreibung alltäglicher, und und aus jedem Lehrbuche verständlicher Sätze sich abgeben, sondern das Mangelhafte ergänzen, das Unerörterte erörtern, das Unrichtige berichtigen, und die Wissenschaft selbst durch neue Forschungen weiter zu bringen suchen. Diese Forderungen konnten nur durch Erörterungen einzelner wichtigen Sätze

der Wissenschaft befriediget werden, und schon in Schröters vermischten juristischen Abhandlungen (Halle 1785) fand ich dieses Ideal einigermassen realisirt; daß ich also mein Werk ein Handbuch nannte, soll nichts, als die Zusage ausdrücken, daß in dieser Art alle wichtigen Sätze des gemeinen Prozesses bearbeitet werden sollen. Das ganze Werk wird aus drey Bänden bestehen, und am Schlusse ein systematisches Verzeichniß aller Erörterungen dasjenige ersetzen, was ich selbst an der Ordnung derselben vermisse, aber, um Leser aller Art zu befriedigen, nicht vermeiden konnte. Da meine itzige Lage mich vom Drange übermäßiger praktischer Berufsarbeiten befreit, so kann ich versichern, daß der zweyte Band zur Herbstmesse erscheint, und das ganze Werk bis zur Ostermesse des künftigen Jahrs vollendet ist.

Landshut in Baiern im März 1801.

Inhalt.

Seite

I. Von der langesherrlichen Gewalt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, ihren Einschränkungen und dem daraus fließenden Rechtsmittel des Recurses an den Landesherren. 1

II. Ueber Wohnung und Umgang reichsständischer Justizräthe mit Advokaten. 46

III. Ueber die große Reformation des gerichtlichen Verfahrens auf dem Reichstage zu Regensburg durch den Reichsabschied von 1654 insbesondere vom artikulirten Verfahren. 56

IV. Ein merkwürdiger Fall eines von einem Advokaten gegen seinen Mandanten gespielten Betrugs 72

V. Kann in deutschen Reichslanden die Aktenversendung an auswärtige unpartheyische Rechtsgelehrte verweigert werden? 75

Inhalt.

Seite

VI. Geist des ganzen gerichtlichen Verfahrens als Grundlage zum allgemeinen Theil der Theorie des deutschen gemeinen Prozesses. 91

VII. Der peinliche Prozeß macht keinen Theil des gemeinen Prozesses und muß von diesem Rechtstheil ganz getrennt werden. 146

VIII. Berichtigung der bisher theils unrichtigen theils schwankenden Sätze von prozeßhindernden Einreden. 152

IX. Vorsichtsregeln über das Verhalten des Richters, wenn er die Zeugen vor ihrer Vernehmung an den streitigen Ort führet. 243

X. Warum und in wieferne hat eine Widerklage gegen eine Widerklage nicht statt? 250

XI. Verschiedenheit der beyden Maximen, auf welche eine jede Prozeßordnung berechnet seyn kann, erläutert durch eine Vergleichung des gemeinen deutschen Prozesses mit der neuen preußischen Prozeßordnung. 253

XII. Allgemeine Grundsätze von den streitenden Theilen. Ein Beytrag zum allgemeinen Theile der Theorie des gerichtlichen Verfahrens. 301

XIII. Ueber die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens. 316

Inhalt.

Seite

XIV. Von den Formalitäten und den Folgen ihrer Vernachlässigung auf Gültigkeit der Handlungen im gerichtlichen Verfahren. 340

XV. Ueber den Gerichtsstand einer geführten Verwaltung. 377

XVI. Geht durch ein Fristgesuch etwas von demjenigen verlohren, was man im vorigen Termine hätte vorbringen können? 385

XVII. Allgemeine Grundsätze von der Thätigkeit des Richters bey Verhandlung eines Rechtsstreits. 393

XVIII. Entwicklung des Begriffs vom Ungehorsam der Partheyen zur Berichtigung des bisher aufgestellten Begriffs und Systems von den Folgen des Ungehorsams mit den daraus fließenden allgemeinen Grundsätzen. 406

XIX. Prüfung des Satzes, daß eine Einrede kein Eingeständniß der Klage enthalte. 436

XX. Von der Gewalt des Richters in Verbesserung der Eydesformel bey einem zugeschobenen und angenommenen oder zurückgeschobenen Eyde. 452

XXI. Von der Akteneinsicht während des Beweißverfahrens. 472

XXII. Nähere Bestimmung des Begriffs eines Inhaltbescheids zur Beantwortung der Frage: ob ge-

Inhalt.

Seite

gen einen Inhäsivbescheid die Appellation unzulässig sey? 478

XXIII. Von den Wirkungen einer Widerklage auf die Klage in Rücksicht der Prozeßkosten. 490

XIV. Ein Beytrag zur Lehre von Veränderung und Verbesserung der Klage durch einen sehr merkwürdigen Rechtsfall erläutert. 493

XXV. Von der Verbindlichkeit des Faustpfandgläubigers, bey entstandenem Konkurse das Faustpfand dem Konkursgerichte zum Verkauf auszuliefern. 513

I.

Von der landesherrlichen Gewalt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, ihren Einschränkungen und dem daraus fliessenden ausserordentlichen Rechtsmittel des Recurses an den deutschen Landesherrn.

I.

Mit dem Geist der Zeit hat sich unter vielen Veränderungen unserer deutschen Staatsverfassung vorzüglich die Gewalt der deutschen Landesherrn in Justizsachen sehr verändert. Wenn sich noch im Jahre 1592. die sächsischen Landstände es als eine besondere Wohlthat von ihrem Landesherrn ausbedungen haben, daß er ihre Streitigkeiten mit seinen Aemtern und Voigten in Person entscheiden soll [a]), und wenn man damit die vielen Erkenntnisse der beyden höchsten Reichsgerichte vergleicht, worin alle

a) Sieber Abh. von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn, Selbst Recht zu sprechen. Gött. 1783. 8. Seite 64. u. ff.

Einflüsse des Cabinets in Justizsachen verbothen und die Cabinetsinstanzen mit den schärfsten Ahndungen verfolgt werden [b]), so wird man über den Wechsel der Grundsätze von einem gerechten Staunen hingerissen, der jenes zum höchsten Unrecht umschuf, was zwey Jahrhunderte vorher hohe Wohlthat war.

II.

Allein man würde auf Kosten der Wahrheit die Sache übertreiben, wenn man die Beschränkungen der landesherrlichen Gewalt in Justizsachen bis zu ihrer gänzlichen Vernichtung ausdehnen, und dem Landesherrn allen Einfluß in einzelne Justizsachen absprechen wollte. Wenn auch die Reichsgesetze befehlen [a]), daß alle Gerichte in den deutschen Ländern mit wohl qualificirten Personen gehörig bestellt seyen, und daß die Rechtsstreitigkeiten vor den ordent-

b) Sie sind gesammelt in Schik de illicita instantiarum multiplicatione et in specie von der Kabinets-Instanz. Giessen 1788. 4. und bey Hoscher Samml. merkwürdiger am K. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle. Th. 3. Seite 160. u. ff.

a) R. D. A. 1600. §. 15. J. R. A. §. 108. u. 109.

lichen Gerichten entschieden werden, so haben sie doch auf der andern Seite den Landesherrn ihre Befugnisse in Rüksicht auf die Justizverwaltung im Lande keineswegs ganz abgesprochen; die Landesherrn sind noch immer die Quelle der Gerichtsbarkeit im Lande, sie bleiben aller oben bemerkten Verordnungen ungeachtet Bewahrer der Gesetze, sie behalten ihr Oberaufsichtsrecht über alles, was im Staate vorgeht, also auch auf Justizsachen, und niemand wird den absurden Satz lehren, daß die deutschen Landesherrn in Justizsachen gar keine Gewalt haben. Dieser Gegenstand bedarf also einer genauern Zergliederung aller dabey eintretenden Verhältnisse, damit weder der gerade Lauf der Justiz durch einen rechtswidrigen Einfluß der landesherrlichen Cabinette gehemmt, noch dem Landesherrn seine gesezmäsige Macht in Beziehung auf die Verwaltung der Gerechtigkeit gegen den Geist der deutschen Reichsverfassung und die klaren Foderungen vieler Reichsgrundgesetze entzogen werde.

III.

Man darf nur tiefer in ihren Geist eindringen, um die Gränze zwischen dem landesherrlichen rechtmäsigen Einfluß in Justizsachen und

zwischen unerlaubten Einschreitungen der landesherrlichen Cabinette aufzufinden.

Wenn die Reichsgrundgesetze befehlen, „daß Churfürsten und Stände dero Gericht mit „qualificirten Leuthen also bestellen sollen und wollen, damit sich Niemand dawider zu beschweren, oder doch um so viel weniger zu beklagen „Ursach nehme, als wären dieselbe im Reich „hin und wieder dermassen übel besetzt, daß man „sich bey ihnen in rechtlichen und andern wichtigen Sachen einer gleichmäßigen Billigkeit „nicht zu versehen habe“ [a]), so leuchtet aus ihnen die Wahrheit der beyden Sätze hervor, daß 1) der Landesherr verbunden ist, die Streitigkeiten der Entscheidung wohl besetzter Gerichtshöfe zu überlassen, und daß 2) weder Er in eigner Person, noch sein Cabinet Justizsachen an sich, als einen Gerichtshof, ziehen darf, weil das Cabinet kein Gericht ist, weil die an den Cabinetten angestellte Personen auf Verwaltung der Gerechtigkeit nicht beeydigt werden, und weil bey der Auswahl solcher Personen auf eine genaue Rechtskenntniß keine vorzügliche Rükficht genommen wird [b]). Alle

a) J. R. A. §. 108.

b) Sieber a. a. O. S. 16. u. ff.

Handlungen des Richters, als solchen, alle Entscheidungen, Urtheile und Verfügungen, wobey das Factum unter das Gesetz subsumirt, und ein Ausspruch der verwaltenden Justiz gefällt werden soll c), sind also der landesherrlichen Gewalt entzogen.

IV.

Sobald hingegen nicht von der Ausübung der richterlichen Gewalt in einer bestimmten Justizsache die Rede ist, bleibt der Ausfluß aller landesherrlichen Regierungsrechte in ihrem ganzen Wirkungskreise ungestört. Der westphälische Frieden a) und die kaiserliche Wahlkapitulation b) bestätigen die Landeshoheitsrechte der Reichsstände sowohl im allgemeinen, als insonderheit über Justizsachen, ohne daß man ein Reichsgesetz aufweisen könnte, welches den Arm der landesherrlichen Macht in Justizsachen ganz lähmte.

c) Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens. (Giessen und Darmstadt 1800. 8.) §. 74. u. 78.

a) Art. VIII. §. 3. I. P. O.

b) Art. I. §. 2. und 8. Art. XVIII. §. 4.

Der Landesherr würde in einen Sklaven seiner Dicasterien umgeschaffen, und indem man die Rechte der Unterthanen gegen willkührliche Eingriffe der Landesherrn sichern wollte, würde man sie dem siebenköpfigen Ungeheuer des Dicasterialdespotismus preis geben. Der Landesherr müßte mit tödender Unthätigkeit jedem Unrecht, jedem Mißbrauch der von ihm seinen Stellen anvertrauten Gewalt zusehen, und es dem Schikfal überlassen, ob und wie seine Unterthanen in dem oft beschwerlichen, immer aber mit großen Kosten verbundenen Rechtswege das erlitene Unrecht oft nach Jahrzehenten in via Iuris abwenden können! Solche Sätze liegen wahrhaft nicht im Geiste unserer wohlthätigen Constitution!

V.

Wir haben also die landesherrliche Gewalt in Justizsachen als Regel, nur ist sie in der Ausübung so beschränkt, daß 1) der gerade Justizlauf nicht gehemmt, 2) jeder Rechtsstreit ordentlich besetzten Gerichten zur Entscheidung überlassen, und 3) das landesherrliche Cabinet nicht zu einem Justizhofe umgeschaffen werde.

Andere Beschränkungen, welche aus der Subordination der Landesgerichte unter der höchsten Reichsjustizgewalt fließen, z. B. das Verboth einer Vervielfältigung der Instanzen, Hindernisse gegen die Appellation an die Reichsgerichte, liegen auffer meinem Zwecke.

Es ist daher nur nothwendig, die oben vorgetragene Regel und ihre Beschränkung nach den einzelnen Fällen, bey welchen von Landeshoheitsrechten in Justizsachen die Rede seyn kann, so in Anwendung zu bringen, daß beyde, die Regel und ihre Modificationen neben einander bestehen, ohne daß eine mit der andern in einen Wiederspruch versetzt wird.

Ohne daher in die Befugniß, Gesetze zu geben, oder in das Recht, Gerichte anzuordnen, die Gerichtsstellen zu besetzen, die Diener der Gerechtigkeit zu prüfen u. d. auszuschweifen, werde ich die Frage beantworten, wie die landesherrlichen Rechte in einzelnen Justizsachen nach dem Geiste der Reichsgrundgesetze ausgeübt werden können.

VI.

I. Daß der Justizlauf nicht gehemmt werde, ist die erste Beschränkung, welche der Landesherr in Ausübung seiner Hoheitsrechte nicht überschreiten darf. Es gehört zu den wohlerworbenen Rechten der Unterthanen, daß ihre Befugnisse, ihr Eigenthum durch die Gewalt der Richter vom Staate geschützt werden, sobald sie den Schutz des Staats reclamiren; jeder Eingriff in den geraden Lauf der Justiz ist demnach Eingriff in die wohlerworbenen Rechte. Eine Hemmung der Justiz durch Cabinetsbefehle läßt sich also nur unter den Einschränkungen vertheidigen, unter welchen der Regent nach einer unbedingten Foderung des allgemeinen Wohls einzelnen Bürgern ihre wohlerworbenen Rechte entziehen kann, also nur in der Art, daß 1) ein wahrer Collisionsfall vorhanden ist, daß nämlich die Staatswohlfarth das Opfer der Rechte schlechterdings fodert, und daß 2) derjenige vom Ganzen entschädigt werde, der seine Rechte dem allgemeinen Besten aufopfern muß [a]). Ein Fall, der selten bey einzelnen Justizsachen eintreten wird, welcher aber doch, als ein

a) Pütter Instit. Iur. publ. §. 300. und Häberlin Commentar zu diesem §.

möglicher Fall, nicht unberührt gelassen werden konnte.

VII.

II. Die Gerichte im Land sind verbunden, den Unterthanen die Justiz schleunig mitzutheilen, und jede Versagung oder Verzögerung der Gerechtigkeit ist auf einer Seite eine Verletzung der gegründeten Rechte jedes Unterthans auf Justiz, und auf der andern Seite eine Uebertretung der Pflichten eines Staatsdieners gegen den Staat. Beyde Rücksichten begründen die landesherrliche Gewalt, und sie wird thätig in Befehlen, die Justiz zu befördern (mandata de administrando vel promovendo Iustitiam). Befehle dieser Art kann der Landesherr an jedes Gericht im Lande, es sey ein Ober- oder Untergericht erlassen, denn die landesherrliche Gewalt ist, als solche, in allen Theilen des Territoriums gleich wirksam, er ist zu diesen Befehlen gegen die von ihm bestellten Untergerichte (landesherrliche Aemter) eben so gut, als gegen die Patrimonialgerichte seiner Unterthanen berechtiget [a]); auch können diesen Befehlen Drohungen einer Strafe angehängt, und die Strafen voll-

a) Sieber a. a. O. S. 237. u. ff.

strekt werden, wenn den landesherrlichen Befehlen nicht Genüge geschieht.

Niemals aber darf die Sache vor dem landesherrlichen Cabinette in den Prozeß über verweigerte und verzögerte Justiz eingeleitet, und von den Untergerichten an dasselbe gezogen werden, weil das Cabinet in keinem Falle ein Gerichtshof ist. Helfen Strafen nicht, soll der Gegenstand in den Prozeß über Justizversagung eingeleitet werden, so muß der Landesherr die dahin gehörigen Schritte und Vorkehrungen, als bloße Ausflüsse der richterlichen Gewalt, den Gerichten überlassen, vor welche die Klagen über Justizverzögerung gehören, ob er gleich diese, insoferne es Gerichte seines Landes sind, zur schleunigen Erfüllung ihres Amts auffordern kann.

VIII.

III. Keinem gegründeten Zweifel ist das Recht eines Landesherrn unterworfen, seinen Gerichten die schleunige Entscheidung einer Rechtssache zu befehlen; denn die Gerichte sind in allen Sachen zur schleunigen Mittheilung der Gerechtigkeit verbunden, der landesherrliche Befehl ist also nichts, als eine Wiederholung der allge-

meinen Pflichten eines jeden Justizhofes. Nur darf der Landesherr niemals

IV. eine besondere Prozeßart vorschreiben; zwar nimmt Danz [a]) mit einigen von ihm angeführten Rechtslehrern an, daß der Regent in einzelnen Fällen, nach Befinden der Umstände, eine besondere, von der gemeinen abweichende Verfahrungsart vorschreiben könne, und er sieht einen landesherrlichen Befehl als einen Grund an, wodurch der summarische Prozeß in einem einzelnen Fall veranlaßt werden kann. Allein er hat offenbar übersehen, daß der Unterthan ein wohlerworbenes Recht hat, in seinen Prozessen nach den bestehenden Gesetzen beurtheilt zu werden, und daß dieses Recht eben so gut auf die Gesetze über die Verfahrungsart, als über andere Gegenstände sich erstrekt; daß demnach in jedem Fall ein Befehl des Landesherrn, welcher eine andere Verfahrungsart anordnen wollte, ein Eingriff in wohlerworbene Rechte seyn würde, wozu ein Landesherr nur unter den oben (§. VI.) angeführten Einschränkungen berechtiget ist.

Sehr schön erläutert diesen Satz das Verfahren des Kaiserlichen Reichskammergerichts in

a) Ordentl. Prozeß §. 55. Not. b. und §. 59.

einem sehr bekannten Falle. In einer Rechtssache wurde ein Justizdicasterium von seinem Landesherrn angewiesen, eine zum ordentlichen Verfahren qualificirte Sache summarisch zu behandeln; der dadurch in seinen Rechten verletzte Theil wandte sich an das Reichskammergericht, und erhielt am 2. Oct. 1792. eine Ordination dahin: „daß in dieser actione conducti der „Justiz ihr straker Lauf gelassen, und mit Beseitigung des in dieser Sache durchaus unstatthaften summarischen Prozesses dem Imploranten das vollständige Gehör in processu ordinario nicht werde versagt werden.“ Als aber das Gericht dennoch den summarischen Prozeß beybehalten wollte, so wurde das gebethene Mandat de non contraveniendo ordinationi camerali S. C. erkannt, und in dem mit Entscheidungsgründen versehenen vollen Paritorieurtheil ausdrüklich gesagt:

„Ohne Verletzung des von Ihro „kaiserl. Majestät auch den mittelbaren Unterthanen des Reichs zugesicherten allerhöchsten Schutzes, und der ihnen ohne Unterschied des Stands und Würden

„verſprochenen unpartheyiſchen „Juſtiz hätte dies Geſuch nicht abgeſchla„gen und N. N. von dem ordentlichen Rechts„gang, welcher ihm nach der kayſerl. Wahl„kapitulation art. 16. §. 1. gebühre, nicht „auf den ſummariſchen Rechtsweg verwieſen „werden können, welcher bey der Wichtigkeit „des ſo mancherley Punkten umfaſſenden „Streits für ihn allerdings bedenklich ſey.“ b)

Mit gutem Grunde hat daher Grol„mann c) bey ſeiner auf ſchöne Grundſätze zu„rükgeführten Beſtimmung der Fälle, wo ein ſummariſches Verfahren ſtatt findet, von einem durch landesherrliche Specialbefehle begründeten ſummariſchen Prozeſſe geſchwiegen.

IX.

V. Ueber das Recht des Landesherrn, Commiſſionen in einzelnen Juſtizſachen anzuord„

b) Heinrich v. Schelhaß der jüngere, über die Gerichtsbarkeit der höchſten Reichsgerichte in Klagen zwiſchen den Mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Landesobrigkeit. Stuttgard 1795. 8. S. 122.

c) Theorie des gerichtl. Verfahr. §. 223 — 226.

nen, haben von jeher die Rechtsgelehrten verschieden geurtheilt, und bald die landesherrliche Gewalt zu sehr ausgedehnt, bald zu sehr eingeschränkt. Söndere man, um klar zu sehen, das Streitige vom Unstreitigen.

1) Wenn beyde Theile den Landesherrn um Ernennung einer Commission bitten, so hat die Sache kein Bedenken, weil allenthalben die Idee einer Rechtsverletzung hinwegfällt; dagegen kann

2) bey einer Sache, welche im rechtlichen Sinne bey einem Gerichte anhängig ist, von der Anordnung einer besondern Commission schon darum keine Rede seyn, weil hierdurch gegen alle rechtliche Folgen der Litispendenz ein Prozeß von dem Gerichte, wo er anhängig ist, an ein anderes gezogen, folglich ein offenbarer Eingriff in wohlerworbene Rechte begangen würde. Jedem Staate wünschte ich, daß in ihm ein Gesetz vorhanden, und streng befolgt wäre, wie ich es in einer königlich preusischen Verordnung vom 10 Februar 1738. finde, wo ein jeder, der eine Commission in einer anhängigen Sache bey des Königs Majestät sucht, zuvor zwölfhun-

dert Thaler an die Rekrutenkasse zu erlegen verbunden wird [a])!

3) In den Sachen, welche die landesfürstliche Kammer betreffen, ist kein Landesherr berechtigt, eine Commission zu ernennen; denn die kaiserliche Wahlkapitulation [b]) verordnet sehr energisch, daß diese Streitigkeiten bey den ordentlichen Landesgerichten entschieden werden sollen.

4) Commissionen zu einzelnen Handlungen, z. B. Zeugenverhören, Einnehmung des Augenscheins u. d. enthalten keine Abrufung eines Rechtshandels von seinen ordentlichen Gerichten, welche nur durch diese Vorbereitungen in den Stand gesezt werden, das Urtheil in der Sache zu fällen; bey ihrer Ernennung ist also aller Eingriff in wohlerworbene Rechte entfernt, und keinem Landesherrn kann das Recht, sie anzuordnen, abgesprochen werden, da sogar Dicasterien dazu berechtigt sind.

5) Eben so wenig steht dem Landesherrn etwas im Wege, wenn er durch eine Justizsa-

a) Sieber a. a. O. S. 219.

b) Art. XIX. §. 6.

che von Vorfällen Kenntniß bekömmt, welche in das Interesse des Staats eingreifen, und wenn er soweit, als der Staat dabey interessirt ist, sich bewogen findet, eine Untersuchung durch eine Commission anstellen zu lassen; nur darf er den Lauf der Justiz dadurch nicht hemmen. Seze man den Fall, ein Unterthan klagt gegen einen Richter, der sich in einer Justizsache bestechen ließ; wer wird zweifeln, daß der Landesherr, ohne übrigens die anhängige Rechtssache in ihrem Laufe zu stöhren, berechtiget sey, über das Verbrechen der Corruption, insoweit bey allen Verbrechen der Staat ein unmittelbares Interesse nimmt, eine Commission zur Untersuchung anzuordnen?

X.

6) Ob aber ausser diesen Fällen eine erst anhängig zu machende bürgerliche Rechtssache auf Bitten eines Theils oder aus eigenem Antriebe der Landesherr den ordentlichen Gerichten entziehen, und zur Entscheidung einer besondern Commission übertragen könne? Dies ist grössern Bedenklichkeiten ausgesezt.

Von

Von der politischen Seite haben solche Commissionen sehr viel gegen sich, und das Projekt des Codicis Fridericiani [a]) macht die merkwürdige Aeusserung: „die bisherige Com„missiones sind nicht eine von den geringsten „Landplagen Unserer churmärkischen Lande „gewesen“. Sind die Gerichte ordentlich, mit gut ausgewählten Personen besetzt, warum will sie der Regent compromittiren, warum will er ein Mißtrauen gegen sie öffentlich erklären, da er doch nichts mehr wünschen soll, als daß die Staatsdiener das allgemeine Vertrauen besitzen; wie kann er von den Unterthanen ein Vertrauen in die Gerichte fodern, wenn er mit dem Beyspiel des Mißtrauens vorangeht? — In unwichtigen Sachen giebt man sich die Mühe nicht, Commissionen anzuordnen, und in wichtigen Sachen fodert eben die Wichtigkeit des Gegenstands, daß man die Entscheidung jenen überläßt, welche zum Richteramte öffentlich gerufen sind. Oder sollen andere zu einer Commission zusammengesetzte Männer ein grösseres Vertrauen verdienen, als die Mitglieder des ordentlichen Gerichts, da doch auch die Commissarien aus

a) Theil 4. Tit. 6. §. 1.

eben dieser Classe der Staatsdiener sind? Sichtbar ist es, daß der Regent das Ansehen und Vertrauen aller Staatsdiener schwächt, und mit sich selbst im Widerspruch steht, wenn er ohne besondern rechtlichen Grund bürgerliche Rechtshändel mit Umgehung der ordentlichen Gerichte besondern Commissionen übertragen will.

Da nun das allgemeine Staatsrecht dem Regenten keine Rechte giebt, welche dem Staatswohl widersprechen, so folgt, daß die Macht des Regenten in Anordnung der Commissionen durch das allgemeine Staatsrecht in der Regel nicht begünstiget wird.

XI.

Auch der Geist unserer Reichsgrundgesetze macht die Rechte des Landesherrn, eine Commission in der angeführten Art zu ernennen, nicht zur Regel. Der jüngste Reichsabschied *a*) befiehlt, daß alle Gerichte in den deutschen Ländern mit qualificirten Leuthen so bestellt werden, daß niemand sich darüber zu beschweren Ursach habe, als wären sie so besetzt, daß man

a) §. 108. u. 109. oben §. III.

sich bey ihnen in wichtigen Sachen einer gleichmäßigen Billigkeit nicht zu versehen habe; und eben diese schöne Verordnung spricht gegen die Commissionen, welche in der Frage stehen. Aus ihr leuchtet nicht nur die Absicht hervor, daß jeder bey seinen ordentlichen Gerichten belassen werden sollte, sondern sie bestimmt die Unstatthaftigkeit der Commissionen noch deutlicher; denn wie selten sind diese Commissionen mit einer so grossen Anzahl von Personen, wie die ordentlichen Gerichte, besetzt, und wer vermag das Mißtrauen in eine gleichmäßige Billigkeit, in eine ganz unpartheyische Justiz gegen jene Personen für ungegründet zu erklären, bey deren Ernennung, da man die ordentliche Gerichte übergieng, und sie besonders auszuwählen sich die Mühe gab, besondere Rücksichten auf ihre Personen und übrige Verhältnisse nothwendigerweise vorausgesetzt werden müssen)? — Einer jeden solchen Commission steht ein Miß-

b) Sieber a. a. O. S. 218. sagt sehr schön: "Man muß gar keine Erfahrung haben, und "die Welt gar nicht kennen, wenn man "verläugnen wollte, daß dergleichen Commissio- "nen von mehr als einer Seite — eine sehr "bedenkliche und gefährliche Sache seyn".

trauen in ihre Unpartheylichkeit entgegen, keine derselben kann in der Regel als ein, im Geiste des jüngsten Reichsabschieds angeordnetes, Gericht betrachtet werden. Der Kaiser verbindet sich in der Wahlkapitulation, die Unterthanen der Reichsstände in seinem kaiserlichen Schutz zu haben c), im Reiche Friede und Einigkeit zu pflanzen, und Recht und Gerechtigkeit aufzurichten, daß sie ihren gebührlichen Gang, den Armen wie den Reichen, ohne Unterschied der Personen, Standes, Würden und Religion gehe d), und sie steht eben darum den Commissionen im Wege, weil sie den gebührlichen Gang vor den ordentlichen Landesgerichten unterbrechen, weil eine besondere Rükficht auf Person dabey zum Grunde liegt, denn sonst hätte man den Rechtsstreit seinen Gang vor den ordentlichen Gerichten ungestöhrt gehen lassen.

XII.

So ist es denn nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts und nach dem Geiste der Reichsgrundgesetze entschieden, daß kein Lan-

c) W. K. Art. XV. §. 1.

d) W. K. Art. XVI. §. 1.

desherr der Regel nach mit Abziehung der Streitigkeiten von ihren ordentlichen Gerichten Commissionen ernennen kann. Aber ich nehme davon jene Fälle ausdrücklich aus, wo zu Erkennung einer Commission ein besonderer rechtlicher Grund vorwaltet. Wenn ein ganzes Landesdicasterium aus rechtmäßigen Ursachen recusirt wird *a*), so kann der Landesherr an seine Stelle ein anderes Gericht per modum commissionis zur Entscheidung der Sache bevollmächtigen, obgleich auch in solchen Fällen jeder wünschen wird, daß einem andern formirten Dicasterium der Auftrag geschehe, weil das Vertrauen in ein solches Gericht auf weit festerem Grunde ruhet, als wenn das Commissionsgericht aus willkührlich gewählten und in ein Gericht zusammengesetzten Subjecten besteht *b*).

XIII.

Ist aber auch ein rechtlicher Grund einer Ausnahmsweise zu ernennenden Commission vor-

a) Meine Erörterungen S. 12.

b). Gleiches Urtheil gegen die Commissionen haben mit vielem Nachdruk schon ältere Schriftsteller gefällt. Siehe Carpzov Resp. Lib. II. Resp. 51. n. 13. Stryk Introd. ad proc. for. Cap. 2. §. 20.

handen, so darf doch im übrigen kein Eingriff in die Rechte der Unterthanen bey ihren Streitigkeiten geschehen. Der Landesherr muß also eine solche Commission nach der Analogie des Gerichts, dem er sie substituirte, besetzen, mit einer angemessenen Anzahl so qualificirter Personen, daß darüber keine gegründete Beschwerde geführt werden kann (§. III. u. XI.). Er darf der Commission keine besondere Prozeßart vorschreiben, und eine jede Sache muß auch vor einem solchen Commissionsgerichte in der Prozeßart verhandelt werden, wozu sie vor dem ordentlichen Gerichte geeigenschaftet war: (§ VIII.) Endlich darf keine Veränderung oder Vervielfältigung der Instanzen daraus entstehen. Diese Commissionsgerichte erscheinen in keiner andern rechtlichen Qualität, als in der eines Surrogats des Gerichts, dessen Amt sie verwalten, und dessen Gewalt ihnen in einer einzelnen Sache übertragen ist; es darf also vom Ausspruche eines solchen Commissionsgerichts nicht an sei**nen** oberen Richter, nicht an den Committenten, sondern es **muß** an jenes Gericht appellirt werden, dessen Gerichtsbarkeit in der höhern Instanz gegen jenes Gericht begründet ist, des-

sen Gerichtsbarkeit dem Commissionsgerichte übertragen war.

XIV.

VI. Bisher haben wir von landesherrlichen Rechten gehandelt, welche mehr die Einleitung eines Rechtsstreits betreffen, oder von ihm aus eigenem Antriebe geltend gemacht werden. Es müssen aber auch die Rechte untersucht werden, welche dem Landesherrn zustehen, wenn bey ihm gegen Handlungen des Richters, und nicht blos gegen seine Unthätigkeit (§. VII.) von dem verletzten Unterthan Beschwerden geführt werden.

XV.

Der Hr. geheime Justizrath Pütter *a*) glaubt, der Landesherr könne auf Beschwerden der Unterthanen Verfügungen treffen, wenn es ohne besondere Untersuchung der Sache erhelle, daß der Richter die Gesetze offenbar übertreten hat. Herr Häberlin *b*) nimmt Pütters Meynung unbedingt an, und sucht sie durch ein Beyspiel noch mehr anschaulich zu machen, indem er sagt:

a) Instit. Iur. publ. §. 300.

b) Handbuch des teutschen Staatsrechts. Th. II. S. 478.

„Ist die Hintansetzung offenbar, so kann
„der Regent sogleich Verfügungen erlassen,
„den Richter zur Beobachtung der Gesetze an-
„weisen, und ihn zur Verantwortung ziehen.
„Aber immer muß der Fall, ehe eine Abän-
„derung des bisherigen Verfahrens vorgenom-
„men wird, so klar seyn, daß es gar keiner
„Untersuchung bedarf, vielmehr sich die Ueber-
„tretung der Gesetze sogleich ergiebt. Man
„nehme z. B. den Fall, daß jemand in einem
„Lande, in welchem nach den Gesetzen stren-
„ges Wechselrecht gilt, gegen einen andern
„eine Wechselklage erhebt. Der Wechselbrief
„ist ohne Mängel, allein der Richter, der sich
„vielleicht selbst vor dergleichen Klagen fürch-
„tet, will die Sache im ordentlichen Prozesse
„behandeln, er communiciret die Klage ad
„excipiendum, und gestattet dem Beklagten
„hiezu eine Frist von 4 Wochen. In einem
„solchen Fall hat es wohl keinen Zweifel, daß
„der Regent auf die Beschwerde des Klägers so-
„bald er nur den Wechsel und das Decret gese-
„hen hat, dem Richter anbefehlen kann, den
„Wechselprozeß zu beobachten. Es kann aber
„auch selbst dann, wenn die Hintansetzung der
„Gesetze nicht so offenbar ist, der Regent ei-

„ne Commission ernennen, und durch diese „das Verfahren des Richters untersuchen las„sen. Dergleichen Verfügungen, wenn sie „nur nicht übertrieben werden, und der Re„gent in seinem Eifer für die gute Sache nicht „zu weit geht, sind der Justiz keineswegs „nachtheilig, sondern vielmehr zuträglich. „Doch ist das bisherige billig auf den Fall „einzuschränken, wenn die höchsten Landesge„richte sich eine solche Hintansetzung zu Schul„den kommen lassen. Tritt dies aber bey „den Untergerichten ein, so sollte die Be„schwerde billig bei den höhern Landesgerich„ten, und nur alsdann, wenn diese selbst „säumig sind, bei dem Landesherrn angebracht „werden. Der Regent verlasse sich übrigens „nie auf seine eigene Einsicht, sonst kann er, „wie die neueste Geschichte bewiesen hat, mit „den besten Absichten ungerecht werden.“

XVI.

Bestreiten läßt sich das Recht des Landesherrn keineswegs, in einem solchen Fall den Unterthan gegen eine Kränkung seiner Rechte zu schützen, oder man müßte annehmen, daß der Landesherr nicht Bewahrer der Gesetze sey, das

Oberaufsichtsrecht über die Staatsdiener und ihre Amtsführung nicht habe, sondern daß Deutschland unter dem eisernen Joche des Dicasterial-despotismus schmachte, die Dicasterien also ihrem Landesherrn, von dem sie ihre Rechte haben, über den Kopf gewachsen seyen.

Allein so sehr ich im Rechte mit Pütter und Häberlin einverstanden bin, so erhebliche Zweifel scheinen mir ihrer Meynung in der Beziehung entgegen zu stehen, wie der Landesherr dieses Recht in Ausübung bringen kann. Ich will die vorzüglichsten Bedenklichkeiten gegen ihre Meynung vortragen.

XVII.

1) Ohne Untersuchung soll die Hintansetzung der Gesetze offenbar seyn, wenn der Landesherr einschreiten will — so sagt Pütter und Häberlin — vermuthlich aus dem Grund, weil das Cabinet des Landesherrn kein Gerichtshof ist (§. III. no. 2). — Allein wer fühlt nicht, wie schwer die Gränze zwischen einem offenbaren (manifesto) und minder offenbaren Unrecht zu finden, wie relativ, wie schwankend dies alles sey. Wem die Natur ein scharfes Aug

gegeben, wer es durch Geschäfte mehr geübt, oder wer sich eine grössere Rechtskenntniß erworben hat, dem wird ein Unrecht auf den ersten Blick auffallen, welches ein anderer erst nach stundenlangen Forschungen findet. — Und wie, wenn nach einer kleinen Untersuchung das gröbste Unrecht sich beweisen läßt? — Wirklich scheinen mir diese Erfordernisse viel zu precär und relativ zu seyn, als daß man sie als Grundsätze annehmen könnte, nach welchen man das wichtige Hoheitsrecht, Einfluß des Landesherrn in Justizsachen zu bestimmen, wagen sollte.

XVIII.

2) Der Landesherr oder sein Cabinet soll beurtheilen, ob die Hintansetzung der Gesetze offenbar sey. — Jede dieser Beurtheilungen besteht in der Subsumtion eines Rechtsfalls unter das Gesetz [a]), sie ist Handlung des Richters; denn ob die Subsumtion leicht oder schwer ist, ob der Rechtssatz erst einer theoretischen Untersuchung, und das Factum eines langen Beweises bedarf, oder nicht, dies ist gleichgültig, es betrifft nur das Mehr oder Minder, nicht das

a) Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. §. 74.

Wesen der Sache, und kann die Rechte nicht abändern. Es kann also in der Art, wie das Unrecht sich liquid darstellt, kein Grund eines rechtlichen Unterschieds liegen. Kurz, wer über eine Sache gar nicht urtheilen kann, wem die Fähigkeit allgemein abgesprochen ist, der kann sie nicht erhalten, weil das Urtheil weniger Anstrengung fordert.

XIX.

3) In jedem Fall müßte der Landesherr oder sein Cabinet urtheilen, und den Ausspruch thun, daß die Verletzung der Gesetze offenbar erhelle. — Schon der Anblik des Satzes zeigt den Widerspruch, den er in sich faßt. Der Landesherr und sein Cabinet ist kein Gerichtshof, ist zur Verwaltung der Gerechtigkeit weder angeordnet, noch darauf vereydet, die Reichsgesetze trauen ihm jenen Grad von Rechtskenntniß nicht zu, der zur Beurtheilung der Rechtsangelegenheiten erfordert wird (oben §. III.), beyde können also in Justizsachen gar nichts beurtheilen, gar nichts entscheiden. Ich will bey Häberlins Beyspiel (§. XV.) von dem Wechsel stehen bleiben. Wer diese Rechtssache beurtheilen will, muß die Rechtskenntniß von dem Begriff und

den Eigenschaften eines Wechsels haben — er muß die daraus entspringende Verbindlichkeiten — er muß den Wechselprozeß kennen — er muß tiefe Einsicht in den Communicativproceß haben — er muß die Eigenschaften des Wechsels faktisch prüfen — und auf alle diese Rechtssätze das Factum subsumiren — Sage man mir, ob man an den schulgerechtesten Juristen andere Foderungen machen kann, als hier an den Landesherrn gemacht werden? — Mit einem Worte, auch die einfachste Rechtssache fodert nach den Gesetzen zu ihrer Beurtheilung eben jene Eigenschaften, wie die wichtigste, wenigstens insoweit, daß ein landesherrliches Cabinet, welchem die Gesetze die Fähigkeit, Rechtssachen zu entscheiden, im allgemeinen abgesprochen haben, in allen Sachen unfähig ist, das Amt eines Richters zu verrichten, und über Rechtshändel zu urtheilen [a]).

XX.

4) Es fehlt auch, wenigstens in den von Häberlin gemachten Beysätzen, an Confe-

a) Vergleiche, was ich von der richterlichen Gewalt bey Kunstverständigen in meinen Erörterungen Seite 87. u. ff. anführte.

quenz, indem er die landesherrliche Gewalt auf den Fall beschränkt, wenn die höchsten Landesgerichte so ein Unrecht begehen, und da er bey dem von Untergerichten begangenen Unrecht fodert, daß die Beschwerde erst bey den höhern Landesgerichten angebracht werde. — Denn soll die Beschwerdführung nur bey dem obern Richter statt finden, so muß in allen mit Appellationsfreyheiten nicht versehenen Ländern die Beschwerde bey appellablen Sachen an die Reichsgerichte, als die unmittelbar höhere Instanz, gehen, und vom landesherrlichen Einfluß kann gar keine Rede seyn. Nebst dem ist die von Häberlin gemachte Einschränkung dem Grund entgegen, auf welchem der Einfluß des Landesherrn in Justizsachen ruht. Er — oder sein Cabinet ist kein Gerichtshof; aber das höchste Oberaufsichtsrecht über alles, was im Staate vorgeht, besonders über Anstalten im Staate, über Staatsämter und Staatsdiener kann dem Regenten nicht abgesprochen werden; dies ist der Grund, wegen welchem er bey Beschwerden der Unterthanen gegen die Gerichte im Lande einschreiten darf; er beweißt aber auch, daß gar kein Unterschied zwischen den obern Landesgerichten und Untergerichten gültig ist, weil die Subordination der In-

stanzen bey einem Rechte nichts entscheidet, welches aus dem Instanzenverhältniß oder der Eigenschaft eines oberen Tribunals nicht abgeleitet wird, und weil das Oberaufsichtsrecht des Regenten, die Quelle seiner Macht in Justizsachen, auf alles im Staate, also auf die Untergerichte eben so stark, als auf die Obergerichte thätig und wirksam ist.

XXI.

5) Kein Wunder ist es bey diesen so wenig consequenten Sätzen, wenn man alle jene, welche von ihnen bey den Reichsgerichten Gebrauch machen wollen, damit scheitern sieht. Kommen Fälle vor, wo ein Landesherr aus seinem Cabinette in einer wahren Justizsache einen Befehl erlassen hat, und wird darüber von den Unterthanen Beschwerde bey den höchsten Reichsgerichten geführt, so halten sich diese blos an die Form des Cabinetsbefehls, und erlassen dagegen unbedingte Mandate, worin sie den landesherrlichen Befehl in einer Justizsache als nichtig cassiren. In die Materialien des Befehls wird aus der gegründeten Ursache von den Reichsgerichten gar nicht eingegangen, weil der Landesherr aus seinem Cabinette gar

keine Beurtheilung und Entscheidung der Justiz-sachen sich zueignen darf.

Man verlasse also eine Lehre, wo die Gränzen der rechtmäsigen und unrechtmäsigen Gewalt sich ganz in einander verliehren, welcher es an Consequenz mangelt, und womit man in allen Fällen bey den höchsten Reichsgerichten verunglückt.

XXII.

Ungeachtet aller gegen Pütters Sätze vorgetragenen Zweifel bleibt dem Landesherrn das Recht der Oberaufsicht, und ist der Grund, wegen welchem er sowohl auf Beschwerde gekränkter Unterthanen, als von Amtswegen, gegen die Richter einschreiten darf, welche ein Unrecht begehen (§. XX.). Das Recht, einzuschreiten, kann ihm also nicht abgesprochen werden. Nur muß er dieses so ausüben, daß in der Ausübung nichts unterläuft, was den Foderungen der Reichsgrundgesetze und dem Gesichtspunkt, aus welchen sie das landesherrliche Cabinet betrachten, zuwider ist.

Alles

Alles kömmt daher auf die Ausübung des Rechts an, damit in der Art von dem Rechte Gebrauch zu machen, nichts Unerlaubtes, keine Verletzung der Reichsgrundgesetze begangen werde.

XXIII.

Sehr leicht und richtig wird man die Gränzen der landesherrlichen Gewalt, damit sie nicht in eine Cabinetsinstanz ausarte, absteken, wenn man auf den Satz zurükgeht, von welchem alle Einschränkungen der landesherrlichen Macht in Justizsachen abgeleitet werden, nämlich auf den Satz, daß das Cabinet kein Justizhof, in Justizsachen von keiner Seite competenter Richter, und der Landesherr auf keine Weise befugt ist, zu bestimmen oder zu entscheiden, was in einer einzelnen Justizsache Rechtens sey. (§. III. und XIX.) — Eine Justizsache kann der Landesherr oder sein Cabinet selbst entscheiden, keine, mit oder ohne Untersuchung, denn ein für allemal liegt im Geiste der Reichsgrundgesetze kein Unterschied zwischen einer manifesto oder non manifesto (mehr oder minder auffallend) sich darstellenden Ungerechtigkeit, auf welchen doch Pütter seine Meynung ganz zurükführt.

Schon der Ausspruch, Injustitia manifesto liquet, den der Landesherr nach Pütters Idee fällen müßte, wäre ein Urtheil, wäre eine Handlung des Richters, wozu dem Landesherrn die Fähigkeit reichsgesezmäsig abgesprochen ist (§. XIX.).

Alle übrigen Regierungsrechte, mit Ausnahme jener, welche eine Entscheidung der Rechtssache voraussetzen, können daher ohne alle Hinderniß in Justizsachen vom Landesherrn ausgeübt werden.

XXIV.

Dieser Standpunkt, der allein uns ein reines und brauchbares Resultat gewährt, fodert, daß man in Detaillirung der Rechte des Landesherrn bey Beschwerden über Ungerechtigkeiten der Gerichte im Lande einen Unterschied macht, ob der Richter A) erst im Begriffe steht, eine Ungerechtigkeit zu begehen, oder ob B) das Unrecht schon vollbracht ist. In jedem dieser beyden Fälle treten andere Rükssichten und Grundsätze ein, jeder verdient eine besondere Erörterung.

XXV.

A) Stehet der Richter blos im Begriffe, eine Ungerechtigkeit zu begehen, so kann

1) der Landesherr zwar niemals befehlen, was der Richter thun, was er verfügen, oder wie er sprechen soll; denn dies setzt immer eine Prüfung des Richters voraus a), welche ohne gesezliche Fähigkeit zum Richteramte nicht gültig geschehen kann, und daß diese den Cabinetten der Landesherrn mangelt, hab ich schon öfters bewiesen.

2) Jedoch steht es ihm frey, dem Richter die Gründe zu eröffnen, aus welchen der Landesherr die Rechtmäsigkeit des richterlichen Benehmens bezweifelt. Der Regent handelt nach dem zwischen Regenten und den Staatsdienern nöthigen Vertrauen, in der guten Absicht, Uebel vom Staate und dem Unterthan abzuwenden. Ein Richter, welcher eine solche Eröffnung seines Landesherrn, dessen Gründe er unbeantwortet läßt, voreilig den Partheyen hinausgiebt, und seinen Landesherrn in einen Prozeß über Cabinetsjustiz verwickelt, verdreht die wohlthätigsten

a) Grolmann Theorie des ger. Verf. §. 74.

Handlungen seines Regenten, und verdient eine scharfe Strafe.

3) Wird durch das Vorhaben des Richters, durch die Art, wie er eine Ungerechtigkeit begehen wollte, ein gerechtes Mißtrauen gegen ihn begründet, so kann der Landesherr, um nicht vom Eigensinn manches halsstärrigen Individuums die Justiz abhängig zu machen, einem andern Richter als Commissarius die Sache übertragen (§. XII.), aber mit keinem andern Befehl, als dem, daß er nach seiner Ueberzeugung, ohne sich im mindesten durch die Gesinnungen des Landesherrn binden zu lassen, verfahre und erkenne.

4) Das gelindeste und zuverläßigste Mittel ist, wenn der Regent befiehlt, daß die Akten an auswärtige unpartheyische Rechtsgelehrte versendet werden.

Es wird keiner Ausführung bedürfen, daß bey diesen Handlungen das Oberaufsichtsrecht des Regenten in voller Thätigkeit bleibt, ohne durch eine Bestimmung der Sache, soweit sie zur Sphäre des Richters gehört, in eine Cabinetsinstanz auszuarten.

XXVI.

B) Ganz andere Rükſichten treten aber ein, wenn das Unrecht vom Richter zu der Zeit ſchon begangen iſt, wo es zur Kenntniß des Landesherrn gelangt; denn hier läßt ſich denken, daß ein ſtreitender Theil aus der begangenen Handlung des Richters ein volles Recht erworben hat, in welches der Landesherr auf keine Weiſe einzugreifen berechtiget iſt. Hier kömmt daher alles auf die Natur und Folgen der begangenen richterlichen Handlung an. Iſt ſie 1) von der Art, daß der Richter, der ſie begieng, ſie zurükneh-men und das Unrecht ungeſchehen machen kann, ſo iſt inſoweit res integra, folglich alles in der Lage, als ob das Unrecht noch bevorſtünde, wenigſtens was den verletzten Theil betrifft. Setze man, der Richter hätte in dem von Häberlin angeführten Beyſpiel auf die erhobene Wechſelklage eine Mittheilung der Klage im Wege des ordentlichen Prozeſſes beſchloſſen, ſo iſt dies ein ſimples Dekret, welches der Richter auf weitere Vorſtellung des beſchwerten Theils wieder abändern kann. Der Kläger kann das Mittel der weitern Ausführung (remedium ulterioris deductionis) brauchen, und der Kläger gegen eine unſtatthafte Prozeßart durch eine Einrede ſich ſchützen; es iſt alſo noch kein unab-

änderlich begangenes Unrecht vorhanden, in Rükſicht auf die Hülfe iſt es eben ſo, als ob das Unrecht noch bevorſtünde. Selbſt die Geſetze erkennen die Wahrheit dieſer Bemerkungen, indem ſie bey bloſen Zwiſchenurtheilen fodern, daß der Appellant die Beſchwerden bey der Einwendung namentlich aufzähle, weil der Richter dadurch in den Stand geſetzt wird, die Beſchwerde ſelbſt zu heben, und hierdurch die Appellation in ihrer Entſtehung noch vor ihrer Einführung bey dem oberen Richter zu beſeitigen a).

Eine Folge dieſer Sätze iſt, daß der Landesherr doppelte Rechte hat. Inſoweit nämlich die Hülfe vom nämlichen Richter noch erhalten werden kann, der das Unrecht begieng, und die Sache noch als bevorſtehendes Unrecht betrachtet werden kann, ſtehen dem Landesherrn alle Rechte zu, welche im vorhergehenden Paragraph ausgezeichnet wurden. Inſoweit aber als der Richter eine Ungerechtigkeit begangen, und eine Unwiſſenheit oder Boßheit dadurch verrathen hat, kann der Landesherr eine Unterſuchung gegen ihn verfügen, und nachdem ſie in legaler Form geführt worden, durch den compe-

a) Danz §. 418. Note r.

tenten Richter eine Strafe verhängen. Diese Untersuchung hat aber auf den Prozeß, als bürgerliche Streitigkeit, keinen Einfluß, wie sich aus der Prüfung des zweyten Falls im folgenden Paragraph darstellen wird.

XXVII.

2) Wenn hingegen der ungerechte Schritt des Richters von solcher Beschaffenheit ist, daß er selbst ihn nicht mehr zurüknehmen kann, wohin ein vom Richter verkündetes Endurtheil, oder ein, demselben gleich zu achtendes Zwischenurtheil gehört, so würde der Landesherr, wenn er dasselbe abändern wollte, nicht nur allein einen Eingriff in die Rechte desjenigen machen, für welchen das Urtheil günstig ist, sondern er würde auch sein Cabinet gegen dessen Bestimmung in einen Justizhof verwandeln, er würde sich eine Cognition zueignen, welche ihm auf keine Weise zukömmt, er würde den geraden Justizlauf hemmen, wozu er niemals berechtiget ist. Die Gesetze haben ganz genau den Weg vorgezeichnet, auf welchem der verletzte Theil seine Beschwerden gegen jede Art von Verletzung verfolgen muß, sie haben Rechtsmittel aller Art, sogar für die gröbsten Fälle der Verletzung die

Nullitäts, und Syndicatsklage, eingeführt, welche bey dem zuständigen Richter unter den gesezlichen Förmlichkeiten angebracht werden müssen; woraus nothwendigerweise folgt, daß nicht nur allein von ausserordentlichen Mitteln und Einschreitungen des Landesherrn keine Rede seyn kann, weil der Verletzte durch ordentliche Mittel gesichert ist, sondern auch daß jeder Theil ein Recht hat, nur auf diesem gesezlichen Wege die Entscheidung seiner Rechtsstreitigkeiten zu erhalten, ein Recht, welches ihm der Landesherr durch einen Cabinetsspruch, wenn er auch noch so gerecht wäre, schlechterdings nicht entziehen darf.

Nichts stehet aber dem Landesherrn im Wege, wenn er für das Interesse des Staats sorgt, welches bey groben Verletzungen der Gesetze, die sich ein Richter erlaubt, offenbar im Spiele steht. Er kann also gegen den Richter auch unaufgefordert eine Untersuchung anordnen, welche aber in legaler Form gepflogen, und durch ein Urtheil geendiget werden muß, wie es die Natur peinlicher Sachen, unter welche ein solches Vergehen offenbar gehört, im Allgemeinen fordert, ohne daß hierdurch an den Rechten der streitenden Theile etwas geändert wird.

XXVIII.

Diesen Unterschied, den ich auf das Privatinteresse der streitenden Theile und auf das Staatsinteresse, Verletzungen der Pflichten gegen öffentliche Aemter zu ahnden, gebaut habe, begünstigen sogar ausdrükliche Reichsgesetze. Im jüngsten Reichsabschied *a*) ist die merkwürdige Verordnung enthalten: „Wenn sich auch aus „denen am bemeldtem unsern kaiserl. und des „heiligen Reichskammergericht durch Appellation „oder sonsten eingebrachten Rechtfertigungen ent„weder von wegen Ersetzung der Gerichten oder „Administrirung der Justitien einiger Mangel, „oder sonsten in facto genugsam verificirt befin„den würde, daß aus des Richters Ungeschik„lichkeit oder Unerfahrenheit auch Versäumniß „Corruption oder Boßheit zu jemands Präiudiz„Nachtheil und Schaden geurtheilt und gespro„chen, das Recht versagt oder verzogen worden „wäre, so solle gegen der schuldhaften Obrigkeit „sowohl, als deren geordneten Untergerichten ge„bührende Bestrafung fürgenommen, und durch „unsern kaiserlichen Fiscal zu Einbringung sol„cher Strafe, wie sich gebührt, verfahren wer„den.“ Hier wird sehr genau die Rechts-

a) §. 109.

hülfe, soweit sie die streitenden Theile angeht, von der Strafe unterschieden, welche der Staat für sein Interesse verhängt, und indem die erste den gewöhnlichen Rechtsmitteln überlassen bleibt, wird der Fiskal aufgefordert, zur Einbringung der Strafe sein Amt zu verrichten.

XXIX.

Es ist also unter gewissen Modificationen erlaubt, in Rechtsangelegenheiten sich an den Landesherrn selbst zu wenden, und die Werke über den gemeinen Prozeß haben eine wesentliche Lüke, wenn sie vom Recurs an den Landesherrn, als einem ausserordentlichen Mittel, Rechtsverletzungen von sich abzuwenden, ganz schweigen. So gut der Recurs an den Reichstag zu einem vollständigen Systeme über den reichsgerichtlichen Prozeß gehört, eben so gut fodert die Vollständigkeit, vom Recurse an den deutschen Landesherrn in dem gemeinen Prozesse zu handeln.

Wenn auch das deutsche Staatsrecht uns die Vorfrage entscheiden muß, wie weit die Rechte eines deutschen Landesherrn in Justizsachen reichen, so erhalten wir doch dadurch ein Resultat,

welches auch zum Ganzen des gerichtlichen Verfahrens gehört, eine Abtheilung aller Mittel gegen Rechtsverletzungen in ordentliche und ausserordentliche begründet, und ohne eine bedeutende Lüke zu lassen, im Systeme des gerichtlichen Verfahrens nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden darf.

XXX.

Dieser Recurs an den Landesherrn ist 1) kein ordentliches Rechtsmittel, niemal kann er das landesherrliche Cabinet in einen Gerichtshof umschaffen, er darf immer nur als ein ausserordentliches Mittel betrachtet werden; daher findet er 2) in allen Fällen nur in der Art statt, daß den ordentlichen Rechtsmitteln so wenig, als dem gewöhnlichen Laufe des Rechtsstreits vor dem competenten Richter durch ihn präjudicirt wird. 3) Eben aus diesen beyden Ursachen ist es einleuchtend, daß der Recurs an den Landesherrn weder an Fatalien noch an Formalien gebunden und ein bestimmter Rechtsgang, der nur unter der Bedingung eines Richters gedacht werden kann, ein Schriftwechsel unter den Partheyen nicht denkbar ist. 4) Ob Bericht vom Richter abgefordert werden müsse, hängt von Umständen

ab, wie das Factum mehr oder minder bescheinigt, mehr oder weniger auffallend ist, und besonders ob durch die Berichtsabfoderung dem Richter Gelegenheit gegeben wird, seinen Mißbrauch zu decken, und die Untersuchung zu erschweren. 5) Daß der Recurs an den Landesherrn keine Suspensivkraft habe, wenn der Unterthan dem Richter nur die Anzeige macht, er wolle sich an den Landesherrn wenden, ist schon daraus klar, daß die Gesetze ihn als ein suspensives Mittel gar nicht kennen; wenn aber der Landesherr auf eine bey ihm übergebene Beschwerde Bericht fodert, oder dem Richter sonst legale Nachricht von dem bey ihm ergriffenen Recurse gibt, so fodert es, auch ohne besondern Befehl, die gegen die oberste Gewalt jedem Staatsdiener obliegende Verehrung, daß er bis auf weitere Bestimmung insoweit an sich halte, als es ohne Schaden der streitenden Theile geschehen kann. Im Zweifel ist es am räthlichsten, wenn er die Sache höhern Orts in Erinnerung bringt, um sich entweder eine Entschliessung zu erwirken, oder für jeden Fall ausser Verantwortung zu setzen.

XXXI.

Mit dem Recurse an den Reichstag hat der Recurs an den Landesherrn diese angeführten fünf Eigenschaften fast gemein. Aber ein wesentliches Unterscheidungszeichen trennt beyde Recurse so stark, daß von einem auf den andern kein analoger Schluß gilt. Bey dem Recurse an den Reichstag werden auch die Materialien, die Gründe der streitenden Theile erwogen, um in der Hauptsache selbst eine Entscheidung zu geben; die Unstandesmäßigkeit der Ehe des Herzogs von Sachsen, Meinungen, die Restitutionssache des Herrn Fürsten von Neuwied wurden vom Reichstag mit sorgfältiger Abwägung aller für und gegen streitenden Gründe — mittelst Subsumtion des Factums unter das Gesetz — also durch eine richterliche Handlung entschieden. Von diesen darf man auf die Rechte des Landesherrn bey einem an ihn ergriffenen Recurse keineswegs schliessen. Dem Landesherrn ist die Fähigkeit, über eine Rechtsstreitigkeit ein Urtheil zu fällen, gesetzmäßig abgesprochen, seine Entschließung darf keine Subsumtion des Factums unter das Gesetz, keine Entscheidung seyn.

II.

Ueber Wohnung und Umgang reichsständischer Justizräthe mit Advocaten. Ein Nachtrag zur II. Erörterung: In wie weit Reichsgesetze eine Quelle des gemeinen Prozesses in Deutschland seyen?

Zu Danz §. 9.

I.

Wenn ich in den Erörterungen [a]) den Satz aufstellte, daß jenes als Quelle des gemeinen Prozesses nicht zu betrachten sey, was in den Reichsgesetzen nur von Verfassung der Reichsgerichte verordnet wird, so muß dies von jenen Verordnungen verstanden werden, welche sich blos auf die Eigenheiten der reichsgerichtlichen Verfassung beziehen. Deßhalb behauptete ich auch, daß der erste Theil der Kammergerichtsordnung wenig gebraucht werden könne, ohne ihm dadurch seine Anwendbarkeit auf Territorialgerichte ganz abzusprechen.

a) S. 9. §. 6.

Die lange, zierliche, ehrbare Kleidung (vestitus romano Senatore dignus), oder die noch heutzutag am Kammergericht übliche spanische Tracht, die Begleitung eines Bedienten, ohne welche der Beysitzer nicht gehen soll, dies alles sind freylich Dinge, welche sich blos auf die Localität des Beysitzeramts beziehen, und aus der Kammergerichtsordnung auf den gemeinen Prozeß nicht übertragen werden können. Allein wenn wir Verordnungen antreffen, deren Grund auf richtigen Beförderungsmitteln einer unpartheyischen Justizpflege beruht, so erwirkt die Allgemeinheit des Grunds, daß man eine solche Verordnung als Quelle des gemeinen Prozesses in Deutschland betrachten muß, und ihre verbindliche Kraft in den deutschen Territorien nicht bezweifeln darf.

II.

Den so eben ausgehobenen allgemeinen Grundsatz will ich unter vielen Beyspielen durch eines besonders belegen, weil ich aus Erfahrung weiß, daß dagegen manche grobe Fehler in deutschen Ländern begangen werden, und nur wenige Muth und Erfahrung genug besitzen, um die daraus entspringenden, selbst für den

Staat nachtheiligen Folgen mit einer nachdruk-samen Sprache aufzudecken. Das Beyspiel sey also — der Umgang der reichsständi-schen Räthe mit Advocaten.

Ich ehre den Advocatenstand, wie ich je-den Stand im Staate vom Taglöhner bis zum ersten Staatsdienste ehre. Besondere Achtung wird er aber verdienen, wenn er nicht aus Raub-bienen besteht, die sich nur vom Fleise der gu-ten Bienen bereichern, sondern wenn er nach Mösers [a]) vortrefflicher Idee eine Pflanz-schule des Staats ist, worin diejenigen, welche er zu wichtigen Staatsdiensten nöthig hat, ge-bildet werden. Also kein Wort vom Standes-verhältniß; der Advocat ist so gut Staatsdiener, als ein Justizrath und nichts war mir von jeher lächerlicher, als die schwindelhafte Höhe, die sich mancher alter oder neuer Rath von seiner Stelle träumt. Ist es mit den Pflichten eines Justizmanns vereinbar, so mögen reichsständi-sche Räthe mit Advocaten so gut als mit andern Staatsdienern, dem Kaufmann, dem Bürger Umgang pflegen.

III.

a) Patriot. Phantasien Th. III. S. 199. u. ff.

III.

Allein die Kammergerichtsordnung fand bey diesem Umgang Bedenken, sie hielt für nothwendig, ihm Schranken zu setzen, und that es in den Worten a): „Damit allerley Nachreden, Argwohn und Verdacht fürkommen und „vermieden werde, wollen Wir, daß weder „Unser kaiserl. Kammerrichter noch einiger „Beysitzer — einige Parthey Procuratoren, Redner, Sollicitanten oder wie die „Namen haben mögen, bey ihnen im Hauß „oder in der Kost haben, oder mit ihnen „tägliche und argwöhnliche Gemeinschaft und Familiarität haben.

§. 7. „Desgleichen hinwiederum soll ein „Procurator, Redner oder Advocat keinen „Assessoren bey ihm im Haus oder in der „Kost haben.“

a) K. K. O. Th. I. Tit. 19. §. 6. u. 7. Schon die ältern Reichsgesetze eifern gegen den Umgang der Assessoren mit den Advocaten. Siehe die Memorialien von 1531. §. 18 — 1533. §. 20. — 1556. §. 6 — 1562. §. 19.

IV.

Noch mehr wurden die Verordnungen wider die Familiarität mit Advocaten im Visitationsabschied v. J. 1713. §. 44. geschärft. „Die Beysitzer sollen, damit allerley Nachrede „und Verdacht vermieden werde, sich aller bedenklichen und verdächtigen Familiarität mit „den Anwälten, Parthien und Sollicitanten „gänzlich enthalten. Weil selbige aus „dem Spielen und vielfältigem Umgange entsteht, so sollen sie sich dessen „müssigen, und keine Gemeinschaft pflegen, „woraus Verdacht entstehen kann.“

Den Vorwand, als ob nicht jeder, sondern nur ein verdächtiger, Umgang verbothen sey, beseitiget der Visitationsschluß vom 11. Julius 1770., indem darin die Visitation zu erkennen gibt: „Sie hätte mißfällig wahrnehmen müssen, welches Aufsehen durch „den Umgang verschiedener Herrn „KG. Assessoren mit Advocaten und „Procuratoren verursacht worden, welcher üble Verdacht ob denen, bey diesen öfters geschehenden Gastirungen verschiedentlich „entstanden, und annoch weiters dadurch ver-

„mehrt worden, daß sogar einige Herrn Beysi„tzer, welche de Senatu gewesen, bey dem An„walt einer Parthey zu nemlicher Zeit, als des„sen Sache, so von ihm advocando. consu„lendo und sollicitando bedienet worden, in Be„rathschlagung gestanden, bey dergleichen Gast„mahlen erschienen seyen.

„Gleichwie nun ein solches Betragen nicht „untadelhaft, vielmehr der Ordnung, den Vi„sitationsabschieden und den Visitationsartikeln „offenbar zuwider ist, als versiehet man sich „von Seiten dieser hohen Reichsvisitationsdepu„tation, es werde hinkünftig ein jeder der Herrn „Beysitzer besagter Vorschrift sich bestens erin„nern, und sich hiernach auf das genaueste be„messen, damit es desfalls nachdruksamer Ver„fügungen und schärfern Einsicht vor die Zu„kunft nicht bedürfe *a*).

V.

Der Grund so vieler übereinstimmender Verordnungen ist nicht aus den besondern Verhältnissen der Kammergerichtsbeysitzer entnom-

a) Balemanns Visitat. Schlüsse S. 75. und die gesammelten Originalbriefe, Th. II. S. 39.

men, sie werden hier nicht tanquam perpetui togati Senatores in Senatu Imperii *a*) betrachtet, sondern die Ursache der Verordnung ist die Besorgniß einer Partheylichkeit, eines üblen Verdachts gegen das Gericht, der aus der Familiarität der Priester der Gerechtigkeit mit den Advocaten entstehen muß. Wer will es läugnen, daß es Fälle geben könne, wo nach dem Ausdruk zweyer großer Gelehrten *b*) der unfühlbare Hang zum Freunde, zum gelittenen Anwalt der Wagschale der Gerechtigkeit den Ausschlag gibt?

Die Gründe also, worauf diese Reichsgesetze ihre Verordnungen gebaut haben, sind allgemein, sind nicht auf die Reichsgerichte beschränkt, sie sind also auch als Quellen des gemeinen Prozesses für deutsche Länder verbindliche Normen.

VI.

Nach denselben ist jeder Umgang mit Advocaten den Räthen verbothen, und besonders

a) K. G. O. Th. I. Tit. 9. im Eingang.

b) Reuß Staatskanzl. Th. 7. S. 23. Zwierleins vermischte Briefe S. 14. und Pütter von der Sollicitatur §. 7.

ein verdächtiger Umgang, Familiarität unerlaubt. Insbesondere rechne ich nach deutlicher Bestimmung der Reichsgesetze hieher:

1) Daß kein reichsständischer Justizrath bey einem Advocaten im Hause wohnen soll. Schon der Buchstab der Reichsgesetze (§. III.) spricht dagegen, und in Wahrheit, es dient nichts mehr dazu, die Rathswürde im Allgemeinen bey dem Publicum herabzusetzen, als wenn der Advocat seine Partheyen von seinem prächtigen Corps de Logis in das kleine Dach- oder nutere Stübchen führt, welches der Referent bey ihm bewohnt!

2) Ebensowenig sollen sie bey einander zur Kost gehen. Hieraus entsteht eine Vertraulichkeit, bey der sich die öffentliche Meynung für eine unpartheyische Justiz durchaus nicht erhalten kann.

3) Spielen, vielfältiger Umgang, Antheil an den Gastirungen der Advocaten sind den Justizdienern verbothen. Das sind Gelegenhei-

ten, wo sich des Menschen Herz stärker öffnet, wo ein schlauer Anwalt alle Blösen des Referenten belauschen kann, und ist es vollends ein Advocat, der sichs zum Gesetze macht, überall seine Geschäffte in Erinnerung zu bringen, seinen Stolz durch Herabsetzung des Ansehens der Räthe zu befriedigen, sich mit seinem entschiedenen Einflusse, er sey wahr oder nicht wahr, überall zu brüsten, so ist es um gerade unpartheyische Justiz im Lande geschehen, so hat die Justiz die öffentliche Meynung verlohren, es entstehen vielleicht Karten, und Tafelgelder, wie ehemals Tapetennägel in Mode waren, das Ansehen der reichsständischen Räthe verschwindet vor dem Götzen, dem sie selbst opfern, er gewinnt das Monopol der Prozesse, das Gleichgewicht unter dem Advocatenkorps wird gestöhrt, manche seiner Mitbrüder melden sich vielleicht selbst bey ihm, um Brodsamen von Prozeßchen von seinem fetten Advocatentische zu erhalten, und während die Justiz mit Strafen seine Amtsbrüder gehörig im Zaume hält, kann er ungestraft sein Wesen treiben, wie er will, er kann die Partheyen auszihen, er kann verbothene Verträge de quota litis eingehen, sogar betrügen kann er sie, denn

er ist sicher, daß der Arm der Justiz nach ihm nicht greift a).

Die Gesetze selbst finden in solchen Verhältnissen einen Verdacht, sobald also ein streitender Theil will, kann er hieraus eine vollgültige Ursache zur Perhorrescenz gegen einen solchen Richter hernehmen.

Aber der Staat soll seine Justiz vor dem Publicum nicht compromittiren, er soll wachen, damit sie die öffentliche Meynung behält. Daher sind auch unaufgefodert schon nach allgemeinen Reichsgesetzen die deutschen Reichsstände und ihre Justizpräsidenten verbunden, auch in ihren Ländern auf strenge Beobachtung dessen zu dringen, was über die Familiarität mit Advocaten durch die Reichsgesetze sehr heilsam verordnet ist.

a) Man vergleiche die treffenden Bemerkungen eines würdigen und gelehrten Mannes aus eben diesem Stande des Hrn. Hofr. Haas Vorschläge wie das Justizwesen am Kammergerichte einzurichten, Th. I. S. 278. Th. II. S. 648.

III.

Ueber die grosse Reformation des gerichtlichen Verfahrens auf dem Reichstage zu Regensburg durch den Reichsabschied vom Jahre 1654. — Insbesondere vom artikulirten Verfahren.

Zu Band §. 64.

I.

Man zählt das Verboth des artikulirten Verfahrens unter die wohlthätigsten Reformen, welche den patriotischen Bemühungen der Verfasser des jüngsten Reichsabschieds ihr Daseyn verdanken. Dem Forscher muß es auffallen, daß der Mann, welcher für seine Verwendung ein Ehrendenkmal von Deutschland verdiente, dem Vorwurf der Verfälschung [a]) zur Rettung seiner Eh-

a) Leyser Med. ad Pand. Spec. 36. Med. 1. und 2. hatte behauptet, der kursächsische Abgeordnete D. Augustin Strauch, der auch den jüngsten Reichsabschied mit unterschrieben hat,

re durch eine eigene Abhandlung b) entrissen wer-
den mußte. Allein noch immer reden die Schrift-
steller über den gemeinen Prozeß nur vom Ver-
bothe der artikulirten Libelle, sie suchen
den Unterschied zwischen einem punktweise abge-
faßten, und einem artikulirten Klageschreiben
auf, und verrücken den Gesichtspunkt, aus wel-
chem das ganze Verfahren vor dem jüngsten
Reichsabschied und die durch dieses Reichsgesetz
eingeführte Reform beurtheilt werden muß. Ein
Gesichtspunkt, von welchem die Gültigkeit vie-
ler Verordnungen der Kammergerichtsordnung
abhängt, und welcher uns allein den wahren Ort
zeigen kann, wo bey einem wissenschaftlichen
Werke über den gemeinen Prozeß von dem artik-
ulirten Verfahren gehandelt werden muß. Schon
im ersten Bande meiner juristischen Abhandlun-
gen c) machte ich das Versprechen, einen Abriß
des Verfahrens vor dem jüngsten Reichsabschied

habe diese Verordnung aus den sächsischen Ge-
setzen in den Reichsabschied übertragen, ohne
daß darüber ein Reichsschluß vorhanden war.

b) Diesen Vorwurf hat G. L. Böhmer in der
Vorrede zum II. Band der Exerc. ad Pandectas
seines Vaters gründlich widerlegt.

c) Abh. II. Seite 52.

zu liefern, und ich erfülle anmit dieses Versprechen.

II.

Weder das römische noch das kanonische Recht kannte das artikulirte Verfahren, nur die Glosse und die ihr nachbethenden Rechtsgelehrten trugen es in den Prozeß über a). Lassen wir ihnen indeß Gerechtigkeit wiederfahren, ihre Absicht war gut, wenn sie auch ihren Zwek verfehlten. Jeder Theil sollte auf das genaueste das Vorbringen seines Gegners beantworten, und hierdurch der Streitpunkt zur Vorbereitung des künftigen Urtheils in allen seinen Theilen so genau, als möglich, festgesezt werden.

Darum zerlegte der Kläger in seinem Libelle alle Umstände und Gründe seiner Klage, brachte jeden in einen besondern Satz — Artikel — und erwartete auf jeden eine bestimmte, unumwundene Antwort des Beklagten — darum beobachtete der Beklagte in Rüksicht auf die von ihm angeführten neuen Umstände eben dieselbe Maximen — alles zwekte auf eine genaue Bestimmung des Streitgegenstands durch Zerglie-

a) Blum proceff. camer. Tit. 68. §. 6.

derung aller Umstände in den wechselseitigen Aeusserungen ab.

III.

Nur diese gute Absicht macht es erklärbar, daß dieses Verfahren — ohne vom römischen und kanonischen Rechte abgeleitet zu seyn — sobald von den Reichsgesetzen aufgenommen wurde.

Schon die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1521. [a]) redet in ihren Verordnungen weitläufig von Artikeln in der Klage und Antwort, als einer für bekannt angenommenen Sache; in jener vom Jahre 1555. [b]) ist das gerichtliche Verfahren im Ganzen nach dem artikulirten Verfahren berechnet, und alle Verordnungen über den Prozeß bis zum jüngsten Reichsabschiede 1654. ruhen auf ebendemselben Princip; nur die dabey zu beobachtenden Termine und eine genauere Bestimmung des artikulirten Verfahrens finden wir in den Reichsgesetzen dieser Zeit.

a) Tit. XIX. §. 5 — 10.

b) Theil III. Tit. XII. und in vielen andern Stellen.

IV.

Das artikulirte Verfahren fieng mit dem artikulirten Libelle an. Jeder einzelne Umstand war in einen besondern Satz — Artikel — gebracht, welcher mit dem Worte "Wahr" anfieng; der Kläger konnte auch noch im dritten Termine Additional-Artikel übergeben [a].)

Nun stand es dem Beklagten zu, hierauf zu antworten. Konnte er Einreden gegen die Zulässigkeit der Artikel (exceptiones contra articulos) beybringen, worinn er manche als unzulässig anfocht [b]) so war er gar nicht schuldig, auf die Klage zu antworten, sondern er brachte blos diese Einreden vor, und nun wurde über die Zulässigkeit der Artikel gestritten, und vom Richter erkannt [c])

War die Verbindlichkeit, des Beklagten, auf die Klage zu antworten, meistentheils

a) K. G. O. Th. III. Tit. 14. §. 1.

b) Articulos esse vagos, dubios, impertinentes, captiosos, facti alieni, illativos, irresponsales. S. Blum proceff. Camer. Tit. 68. §. 7.

c) K. G. O. Th. III. Tit. 15. §. 1 — 3.

durch alle Instanzen durchgefochten, so kam er nun mit seiner Handlung ein. Diese hatte zwey Theile — die Antwort des Beklagten auf die Artikel des Klägers, welche bestimmt auf jeden Artikel, mit: „Glaube wahr oder nicht wahr“ abgefaßt seyn sollte — und die Vertheidigung des Beklagten, welche, wie die Umstände der Klage, im Artikel zerlegt war. Diese Artikel hießen defensionales, peremtorii, elisivi. Die strengere Kunstsprache wußte selbst unter den Defensional, und Peremtorialartikeln noch einen feineren Unterschied aufzufinden. Unter den ersten verstand man Einreden, welche darauf abzwekten, daß die Klage gar nicht gegründet oder ipso jure aufgehoben sey, z. B. die Einrede der Zahlung, Compensation — unter den lezten begriff man jene Einreden, wodurch die Klage nicht ipso jure, sondern erst ope Exceptionis zerstöhrt wird, z. B. die Exceptio ordinis, divisionis [d]).

Auch der Beklagte konnte einen Nachtrag zu seinen übergebenen Elisivartikeln liefern, und diese Artikel nannte man super elisivos, oder additionales Elisivorum.

d) Blum a. a. O. Tit. 68. §. 16.

Wenn Kläger oder Beklagter den zweyten Nachtrag von neuen Artikeln lieferte, so nannte man sie super additionales, oder additionales additionalium; jene nachgebrachten Artikel aber, wodurch die schon gestellten Artikel mehr erläutert wurden, hatten den Namen declaratoriales.

V.

In der Handlung, womit nun den Kläger die Reihe traf, stritt er nach den zwey Theilen, aus welchen die Antwort des Beklagten bestand. Er prüfte vor allem die artikulirte Antwort des Beklagten auf den artikulirten Libell; hielt er sie für fehlerhaft, war sie zu allgemein, bedingt, unbestimmt, oder mit einem unerlaubten Anhang versehen, so focht er die Antwort an, darüber mußte erst vom Richter erkannt werden [a]). In Rükficht auf die Elisivartikel befand er sich ganz in der Lage des Beklagten; denn er mußte zuerst auf sie artikelsweise antworten, und darauf konnte er neue Gründe zur Widerlegung der Einreden (Replik im römischen Sinne [b]) ebenfalls im Gewande von Artikeln vorbringen, welche

a) K. G. O. Th. III. Tit. 15. §. 5.

b) Meine Erörterungen Th. 1. Seite 55.

den Namen articuli replicatorii c) oder, wie es gewöhnlicher war, elisivorum elisivi trugen.

Seine Antwort auf die Elisivartikel des Beklagten, seine replikatorischen Artikel öffneten den Weg zu neuen Kämpfen über ihre Rechtsbeständigkeit, welche eine richterliche Entscheidung nothwendig machten, und brachten endlich die Verhandlungen durch die letzte Handlung des Beklagten zum Ziele, woraus noch verschiedene Benennungen, als articuli confirmatorii; confutatorii u. s. w. entstanden.

VI.

Dieses artikulirte Verfahren durch den ganzen Lauf des Prozesses war die Regel, wenigstens ist so viel gewiß, daß die K. G. O. v. J. 1521. von gar keiner andern Verfahrungsart Meldung thut. Indessen mochten sich bis zum Jahre 1555. einige Fälle zugetragen haben, wo der Kläger nicht artikelsweise, sondern mit einer summarischen Anzeige seiner Klage aufgetreten war. Daher wurde in der Kammergerichtsordnung von diesem Jahre a) jedem Kläger frey-

c) Blum a. a. O. §. 18.

a) Th. 3. Tit. 12. §. 8.

gestellt, ob er seine Klage im ersten Termine artikelsweise stellen, oder summarisch vorbringen wolle, ohne daß jedoch über das weitere Verfahren bey einer summarischen Klage das mindeste verfügt war, so umständlich auch das artikulirte Verfahren in seinen zwölf Terminen zergliedert wurde.

VII.

Bestimmtere Verfügungen treffen wir schon in den folgenden Reichsabschieden an, und die wichtigste wohl im Reichsabschiede vom Jahre 1570. In demselben wurde es wiederhohlt, daß von der Wahl des Klägers abhänge, ob er seine Klage artikelsweise oder summarisch übergeben wolle; doch machte man den wichtigen Beysatz, daß in allen Citations, und Appellationssachen der Kläger oder Appellant, welcher in der Form einer artikulirten Klage seine Sache verhandeln wolle, seine Artikel im ersten Termine unter dem Verluste des artikulirten Verfahrens übergeben sollte (a). Auch wurde nunmehr über das Verfahren bey einer Summari Klag, wie man sie nannte, sowohl in Citations, als in Ap-

a) R. A. 1570. §. 88.

Appellationssachen b) wenigstens etwas näher, obgleich äusserst unvollkommen bestimmt. Ganz in diesem Geiste ist auch die Rothweilische Hofgerichtsordnung v J. 1572. verfaßt (c), auch in ihr liegt der wesentliche Unterschied zwischen dem artikulirten und summarischen Verfahren.

VIII.

Wir sehen aus dieser getreuen Zusammenstellung, daß I. der artikulirte Prozeß die Regel ausmachte, der für alle Citations, und Appellationssachen gerade in der Stelle war, worin sich heutzutage der ordentliche Prozeß befindet: daß II. es also gar nicht um die artikulirten Libelle allein zu thun war, sondern daß das ganze ordentliche Verfahren auf Artikel berechnet war. III. Zwar kannten die Gesetze, als Ausnahme von der Regel, auch ein unartikulirtes Verfahren, sie schienen es auch zu begünstigen; aber sie konnten diese Absicht nicht erreichen, weil es ihnen an der Kenntniß zweckmäsiger Mittel mangelte, da sie nirgends das

b) R. A. 1570. §. 90. u. 93.

c) Tit 4. u. ff. in Schmauss Corp. Iur. publ. S. 318.

Verfahren in den, nach damaliger Sprache, summarischen Sachen genau vorzeichneten, so mühsam auch im Gegentheil der Gang des artikulirten Verfahrens bestimmt war. Kein Wunder ist es daher, wenn IV. von solchen summarischen Klagen, besonders an den Reichsgerichten, die Beyspiele so selten waren; denn wer hätte sich in die ungewisse Bahn eines willkührlichen, von den Gesetzen unbestimmten Prozesses wagen sollen, da die Reise auf dem gesezlich vorgezeichneten Weg des artikulirten Verfahrens so gefahrvoll und beschwerlich war! Kein Wunder, daß wir in den folgenden Reichsgesetzen immer noch keine festen Grundsätze für das nicht artikulirte Verfahren finden! Die Anwälte befanden sich bey ihren Artikeln weit besser, und waren zu klug, eine vortheilhafte Bahn mit einer minder einträglichen zu vertauschen, und die Gesetze hielten es für unnöthig, mühsame Verordnungen für ein Verfahren zu geben, welches bey den Gerichten nicht üblich war. V. Da bis zum jüngsten Reichsabschied Mandate ohne Bescheinigungen erkannt wurden [a]), so

a) J. R. A. §. 76. u. ff. vergl. Meyern Regensb. Reichstagshandl. Th. II. S. 190. 214. 405. 416. 435.

war nichts natürlicher, als daß auch die Mandatsprozesse im Wege des artikulirten Verfahrens erledigt wurden, denn wirklich finde ich den bekannten Nürnbergischen Fraischprozeß durchaus in Artikeln bis zum Schlusse verhandelt. Es ist also historische Wahrheit, daß die ganze Theorie des gemeinen Prozesses in Deutschland auf dem artikulirten Verfahren ruhte.

IX.

Alle Nachtheile, welche aus dieser üblen Verfahrungsart entstanden, würde ich hier vergeblich aufzählen, sie sind von Böhmers *a*) Meisterhand geschildert, in den Regensburgischen Reichstagsverhandlungen von den einsichtsvollesten Geschäftsmännern im Angesicht des versammelten Reichs zergliedert *b*), und fallen für jeden aufmerksamen Leser in die Begriffe; denn es ist Thatsache, daß oft in einer Sache mehrere tausend Artikel geschmiedet, dreysig bis vierzig Prozesse aus einem, und alle Rechtsstreite auf halbe oder ganze Jahrhunderte verzögert wurden.

a) Am oben §. I. angef. Orte.

b) Meyern Regensb. Reichstags Handl. Th. II, besonders Seite 525.

Die Wunde saß zu tief, das Uebel lag nicht in dem artikulirten Libelle, sondern in dem ganzen artikulirten Verfahren, und sehr schön sagte die Wolfenbüttelische Stimme [c]), es sey an sich kein grosser Unterschied, ob jemand seine Klage artikelsweise oder per simplicem narrationem anbringe, aber es gelte den grossen Inconvenienzen, welche dem artikulirten Verfahren anhängig sind, welche nicht anders gründlich gehoben werden könnten, als wenn man das alte artikulirte Verfahren ganz abschaffe, und ein neues, zwekmäßiges Verfahren einführe.

Diesen grossen Zwek hatten die Reformatoren des Justizwesens bey dem Reichstage zu Regensburg sich vorgestekt, schon der Anblik ihrer Verordnung [d]) zeigt, daß das Gesetz einen weit

c) Bey Meyern a. a. O.

d) J. R. A. §. 34. "Diesemnächst nun beym dritten Hauptpunkten, wie nehmlich die Proceß an Unserm Kays. und des H. Reichs Cammergericht abzukürzen seyn möchten, sich befinden, wie viel Zeit, so wohl in puncto libellorum, wie auch der Defensionaln, Elivs-Articuln und der Responsionum auf dieselbe, als auch in puncto Exceptionum, und sonsten durch allerhand Tergiversationes,

grössern Umfang, als das Verboth der artikulirten Libelle, hat, daß es vielmehr den ganzen Prozeß umfaßt, weshalb auch in vier verschiedenen Stellen des jüngsten Reichsabschieds e) das Verboth des artikulirten Verfahrens widerhohlt wurde.

X.

Es ist daher offenbarer Irrthum, wenn man nur vom Verbothe der artikulirten Libelle sprechen, und dadurch den Standpunkt der Justizverbesserung verrücken, oder von ihr nur bey

"unnöthige Repetitiones und andere gesuchte
"Ab- und Umweg, vergeblich zugebracht, die
"Sachen damit meistentheils ohne Noth viel
"Jahr lang aufgezogen, die Akta sich dadurch
"sehr überhäuft, und die Prozeß so wohl zu
"der litigirenden Partheyen größtem Schaden
"und Nachtheil, als zu dieses höchsten Gerichts
"im Reich merklicher Verkleinfügung, gleichsam
"unsterblich gemacht werden, und einmal nö-
"thig, dergleichen und andere Mängel und
"Gebrechen nach aller Möglichkeit abzustellen,
"und die Mittel und Weg, wodurch zankfüch-
"tige Partheyen, Advocaten und Prokuratoren
"die Sache in angeregte Weitläuffigkeit einfüh-
"ren können, abzuschneiden ꝛc.

e) §. 34. 37. 64. 96.

dem Klagschreiben im Vorbeygehen reden will. Richtigkeit des Systems, wahre historische Darstellung und vollständige Aufklärung zur Kenntniß der Reichsgesetze und zu ihrer richtigen Anwendung fodern also, daß von dem artikulirten Verfahren da, wo der Prozeß in den ordentlichen und ausserordentlichen abgetheilt wird, also bey Danz §. 58., gehandelt werde, an welchem Orte sodann die Begriffe anzuführen sind, welche mit dem Ausdruk, summarische Klage von den Reichsgesetzen vor dem jüngsten Reichsabschied verbunden wurden, und wo man einen kurzen Begriff des ordentlichen Verfahrens vor dem jüngsten Reichsabschied, d. h. des artikulirten Verfahrens, liefern muß; jeder Unterschied eines nach Gegenständen abgetheilten oder in Paragraphen gefertigten Klagschreibens von artikulirten Libellen bedarf alsdenn ohnehin keiner besondern Erörterung.

IV.

Ein merkwürdiger Fall eines von einem Advocaten gegen seinen Mandanten gespielten Betrugs.

Zu Danz §. 43. 44.

I.

Der Satz, daß Advocaten gegen ihre Partheyen im Verhältniß des Mandatars zu seinem Mandanten stehen, daß ihre wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten nach der Natur des Bevollmächtigungsvertrags beurtheilt werden müssen, ist in den Gerichten anerkannt. Ein sehr auffallendes Beyspiel soll ihn näher ins Licht stellen.

II.

Eine Wittib schuldete an eine milde Stiftung ein Kapital von 4000 fl., und war derselben mit einem dreyjährigen Interesserükstand verhaftet. Die Stiftung drang auf Heimzahlung des Kapitals mit den rückständigen Zinnsen, weshalb sich die Wittib in die Arme eines Advo-

caten warf, der ihr Hülfe versprach. Dieser übergab im Namen der Wittib eine Vorstellung, und bat darin um Erlaubniß, das Kapital in bekannten Staatsobligationen abzutragen, und man gab eine willfährige Entschliessung, ohne sich über den Curs zu erklären, in welchem sie angenommen werden sollten.

Nun verlohren diese Obligationen damals 10 — 15 Procent; der Administrator der milden Stiftung verstand aber nichts vom Curs, und nahm sie al pari als Zahlung an, wodurch sich ein Gewinn für den Schuldner von 400 fl. rein herauswarf.

Diesen Gewinn aber behielt der Advocat für sich, und war unverschämt genug, nicht nur über den Staat zu spotten, der den Curs sowenig kannte, sondern auch sich mit dem Gewinn zu brüsten, der ihm in kurzer Zeit durch einen unkündigen Verwalter und durch seinen Betrug zugefallen war.

III.

Betrachten wir doch näher, welche Rechte aus diesem Factum entstehen.

1) Der Gewinn von 400 fl. kann auf keine Weise in den Händen des Advocaten bleiben. Sehr deutlich spricht gegen ihn der L. 20. D. mandati. „Ex mandato apud eum, qui „mandatum suscepit, nihil remanere opor„tet.“ Jeder Mandant hat eine Klage gegen den Mandatar auf Restitution alles dessen, was er wegen dem ihm übertragenen Geschäffte besitzt.

2) Daß der Advocat mit Schaden der Wittib, die sich ihm in ihrer bedrängten Lage in die Arme warf, um die verhältnißmäßige große Summe bereicherte, daß er es durch eine boshafte Verschweigung der Wahrheit that, fällt in die Begriffe, er hat also bey dem Geschäffte betrügerisch gehandelt, und der Wucher zieht ihm die Infamie zu. Hellfeldt sagt *a*): „Pro„curator fiduciam in se positam non debet „fallere, sed bona ubivis fide agere, nihil„que ad suam, sed omnia ad mandantis utili„tatem referre, secus qui facit, fit infamis.“

3) Nebst dem könnte die milde Stiftung gegen die Nachläßigkeit ihres Administrators Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Die

a) Iurispr. forens. §. 402.

Verletzung ist offenbar, wenn ihr Staatspapiere für vollgültig aufgedrungen werden, welche nach dem zur Zeit der Zahlung allgemeinen Curs 10 bis 15 vom Hundert verliehren; an ihrer Lä, sion ist ebensowenig als daran zu zweifeln, daß sie den Schaden ohne ihr Verschulden empfindet; sie könnte also durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die 400 fl., welche der Advocat ungerechterweise in Handen hat, von demselben mit einer Klage noch fodern.

V.

Kann in deutschen Reichslanden die Aktenversendung an auswärtige unpartheyische Rechtsgelehrte verweigert werden?

Zum Anhang über den Geschäftsgang von der Versendung der Akten ꝛc. von Elsässer.

I.

So schätzbar die Abhandlung ist, welche Herr Regierungsrath Elsässer über den Geschäftsgang von Versendung der Akten an Rechtskollegien an, bis zur Eröffnung des eingehohlten Urtheils, lieferte, so sehr muß man es beklagen, daß dieser verdienstvolle Gelehrte bey der wichtigen Vorfrage auch noch in der dritten Ausgabe vorübergieng, ob der Richter schuldig sey, auf Begehren eines Theils die Akten an auswärtige Rechtsgelehrte zur Abfassung eines rechtlichen Erkenntnisses zu verschicken? Und doch hängt von der Frage öfters das Glück manches ehrlichen Mannes, das Wohl mancher Familie ab.

II.

Ich will nichts von der Sitte unserer Urältern sagen, ihre Rechtshändel auf die Schöffenstühle zur Entscheidung zu versenden; die Zeiten haben sich geändert, und eine Sache, welche in den finstern Zeiten Deutschlands, bey der Ungewißheit des Rechts und im Mangel der Gesetze vortreffliche Dienste leistete, kann heutzutage ihren Werth verlohren haben, wo die Gerichte gehörig besetzt, und die Rechte nicht mehr ungewiß sind.

Aber andere Verhältnisse sind an ihre Stelle getreten, wegen welchen die Aktenversendung an auswärtige Rechtskollegien — worunter besonders Juristenfakultäten verstanden werden — unbedingte Begünstigung verdient.

Indessen handle ich hier nicht von dem Rechtsmittel der Revision oder Aktenversendung, welche bey den Gegenständen durch die Reichsgesetze eingeführt wurde, wo die zur Appellation an ein Reichsgericht erfoderliche Summe nicht vorhanden ist. Denn hier spricht schon das Gesetz, ohne Commentar, hier kann ohne Verletzung höherer Pflichten die Aktenversendung nicht versagt werden.

Ob aber auſſer diesem Fall, und nicht in der Eigenschaft eines Rechtsmittels die deutschen Unterthanen die Aktenversendung zu dem Ende fodern können, damit Namens des versendenden Richters das Urtheil von auswärtigen Rechtsgelehrten abgefaßt werde? dies ist in keinem Gesetze entschieden, und dies ist der Gegenstand der gegenwärtigen Erörterung.

III.

Wenn man bedenkt, daß jede Parthey, auch ohne Gründe anzuführen, sich drey Rechtskollegien verbitten kann, und aus zureichenden Gründen dieses noch weiter erstrecken darf [a]), daß der versendende Richter den Ort, wohin die Akten versendet werden, geheim halten, und alle Vorsicht anwenden muß, damit er den Partheyen nicht bekannt werde [b]), daß die Rechtskollegien fast immer auſſer allem gegenwärtigen und künftigen Verhältniß zu den Interessenten stehen, und daß sie nicht nur nach ihren wissenschaftlichen Bemühungen eine grosse Vermuthung solider Kenntnisse für sich haben, son-

a) Elsässer a. a. O. §. 18. u. 19.

b) Elsässer §. 27.

sondern auch ihre Ehre durch Bekanntmachung ihrer Entscheidungsgründe mehr auf dem Spiele sehen, und sie zu erhalten, grosse Sorge tragen sollen: so muß man einer Anstalt gewogen werden, die es möglich macht, daß die Partheyen eine solide und unpartheyische Justiz hoffen können. Jede Regel hat zwar Ausnahmen, und es giebt in vielen Landesdicasterien Männer, welche an Kenntnissen und Gewandtheit in Geschäfften manchem Professor überlegen sind, da akademische Lehrer bey ihrer grössern Entfernung von Geschäften den scharfen praktischen Blik manchmal nicht haben, der dem Manne von langer Dicasterialerfahrung zur Natur wird; allein dieses bleibt immer Ausnahme, und wenn eines gegen das andere abgewogen wird, so kommt man am Ende auf die Unvollkommenheiten aller menschlichen Einrichtungen zurük. — Immer aber bleibt die Aktenversendung ein Palladium der deutschen Freyheit. Kein Druk verbündeter Glieder eines Collegiums, kein Neid, keine Privatabsicht, keine Leidenschaft, keine Hofluft kann in den Vorhof eines Tribunals dringen, welches von den Partheyen und dem versendenden Richter meistens in gleicher Entfernung steht, und kein Unbefange-

ner wird es mißbilligen, wenn aus diesem Gesichtspunkt die Reichsgesetze c) so hohen Werth auf die Aktenversendung legen.

IV.

Nur ist zu beklagen, daß diese beyden Reichsgrundgesetze blos in dem Fall eine ausdrükliche Verordnung für die Aktenversendung enthalten, wenn sie in vim revisionis bey den Streitigkeiten gefodert wird, bey welchen es an der zur Appellation an ein Reichsgericht nöthigen Summe mangelt. Für jeden andern Fall haben wir keine klare Verordnung, welche es den Gerichten in deutschen Staaten zur Verbindlichkeit machte, die Akten auf Begehren eines Theils zu verschicken, obgleich der Grundsatz einer allgemeinen Begünstigung der Aktenversendung aus andern Verordnungen hervorleuchtet, wo z. B. der Reichsabschied vom Jahre 1570. a) selbst den Austrägen die Aktenverschickung empfiehlt. Es bleibt also der allgemeine und in den Reichsgesetzen begünstigte Anspruch aller deut-

c) S. Dep. Abh. 1600. §. 16. J. A. R. §. 113.

a) §. 85. vergleiche das Concept der verb. K. G. O. Th. II. Tit. 4. §. 15.

schen Bürger auf unpartheyische Justiz durch die so stark begünstigte Aktenversendung so lange uneingeschränkt, bis wir besondere Gründe für eine Ausnahme gefunden haben. Wir sehen auch, daß die Reichsgerichte sehr oft von Amtswegen auf die Aktenversendung erkennen, wenn sie durch die Verhandlungen zur Besorgniß verleitet wurden, daß bey den Territorialgerichten die Justiz nicht mit voller Unpartheylichkeit würde verwaltet werden.

V.

So lange indessen kein besonderer Grund einer Ausnahme dargethan werden kann, bleibt die Begünstigung der Aktenversendung, als des oft einzigen Mittels, dem Druck und zuweilen unnennbaren Cabalen zu entgehen, Regel, weßhalb in allen Sachen, sie seyen bürgerliche oder peinliche, sie seyen bey einem niedern oder Obergerichte anhängig, die Aktenversendung von jedem der streitenden Theile gefordert werden kann.

Ohnedieß würde es Widerspruch seyn, wenn ein Gericht, welches doch nur zur Verwaltung der Gerechtigkeit angeordnet ist, seine Justiz ei-

nem Theile aufdringen wollte, der auf ihre Unpartheylichkeit kein volles Vertrauen setzt; wenn man nun dabey bedenkt, daß der Richter nichts, als eine Mühe verliehrt, wenn das Urtheil in seinem Namen von Auswärtigen verfaßt, von ihm aber verkündet wird, und daß auf der andern Seite oft Leben, Freyheit, Ehre, Eigenthum, das Wohl und das Wehe mancher Familie auf dem Spiele steht, und bey versagter Aktenversendung von den menschlichen Launen, Leidenschaften und Conjuncturen abhängig gemacht wird, so muß man den Eifer der höchsten Reichsgerichte mit Dank erkennen, welche durch unbedingte Mandate oder Ordinationen den Territorialgerichten die Versendung der Akten befehlen [a]).

a) Eine solche Ordination hat das kais. R. K. G. am 9. May 1780. für die Gemeinde des Dorfs Krichingen gegen den Hrn. Grafen von Wiedrunkel und am 8. Jun. 1789. gegen die gräflich Schaumburg.Landesregierung erkannt. S. Schelhaß über die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Obrigkeit. Stuttg. 1795. 8. Seite 127. Ein neueres Beyspiel v. J. 1795. S. im Commentar über die Colliſion der teutschen Staatsbürgerpflicht mit der Lan-

Beyspiele von manchen Ländern, wo die Aktenversendung auf auswärtige Universitäten verboten ist b), sind nicht aus den neuern Zeiten, in denen man von einem wahren Vater des Vaterlands mit Zuversicht erwarten kann, daß er keinem Unterthan, der die Aktenversendung für das wahre Mittel hält, zu einer unpartheyischen Justiz zu gelangen, sie versagen, und die Justiz seines Landes dadurch compromittiren werde.

VI.

Die einzige Ausnahme kann man durch hinreichende Gründe beweisen, daß von den Oberappellationsgerichten in den mit einer unbeschränkten Appellationsfreyheit versehenen Ländern alsdenn keine Aktenversendung gefordert werden könne, wenn sie als ein formirtes Gericht mit besondern, genugsam qualificirten Subjekten ordentlich besetzt sind.

Solche Oberappellationsgerichte sind nach dem ganzen Geiste der deutschen Reichsjustizverfassung offenbar im Surrogat der höchsten Reichsoberherrlichen Gewalt teutscher Reichsstände und Landesherrn. Frankf. 1800. 8. S. 225.

b) Siehe Elsässer a. a. O. Seite 16. Anm. 4.

gerichte, und man kann von ihnen so wenig, als von den höchsten Reichsgerichten die Aktenversendung an eine auswärtige Juristenfacultät fordern a). Jedoch setze ich voraus, daß sie nach dem Beyspiel der höchsten Reichsgerichte und nach der Analogie des westphälischen Friedens b) gehörig besetzt sind, wie denn Kurtrier bey dem Wahlkonvente 1790. selbst anerkannte, daß die Bestellung ordentlich besetzter Gerichtsstellen Vorschrift des Trierischen, so wie eines jeden privilegii de non apellando und nach derselben Inhalt Conditio sine qua non sey c).

VII.

Grössern Zweifeln ist die Frage ausgesetzt, ob die Aktenversendung von den Oberappellationstribunalen in inappellablen Ländern auch bey jenen Sachen nicht gefodert werden könne, welche Streitigkeiten zwischen den Unterthanen und der landesfürstlichen Kammer betreffen?

a) Schelhaß a. a. O. S. 125.

b) I. P. O. Art. X. §. 12.

c) Häberlin pragm. Geschichte der Wahlkap. Leopold II. S. 282.

Jedem meiner Leser ist die Verordnung bekannt, welche bey der Wahlkapitulation Leopolds II. 1790. über den Gerichtsstand in Klagen der Unterthanen gegen die landesherrliche Kammer auf Kurtrierischen Antrag ihr Daseyn erhielt *a*). Sie entscheidet die bisher streitige Frage, vor welchem Gerichte die Unterthanen die fürstliche Kammer belangen müssen, dahin, daß diese Streitigkeiten in erster Instanz nicht vor die Austräge, nicht vor die Reichsgerichte, sondern vor die landesherrlichen Gerichte, als solche, gehören. Zwar ist das kaiserliche Reichskammergericht geneigt, die landesherrlichen Gerichte bey diesen Streitigkeiten als ein Surrogat der Austrägalinstanz anzusehen *b*), um daraus bey inappellablen Ländern besondere Schlüsse zu ziehen. Allein der klare Buchstab des Gesetzes steht dieser Auslegung im Wege, wie ich bey einer andern Gelegenheit zu beweisen mir vorbehalte, weil es auf die Entscheidung meiner Frage hier keinen Einfluß hat.

a) Art. XIX. §. 6.

b) Noch am 23. Jänner 1792. liegt diese Erklärung ausdrüklich in einem Dekrete, welches in Sache der trierischen Landstände gegen Kurtrier ergieng. Bey Schelhaß a. a. O. S. 130.

Von den Landesgerichten muß bey inappellablen Ländern an die Oberappellations, oder Revisionsgerichte appellirt werden, wenn entweder die Appellationsprivilegien einen ausdrüklichen Vorbehalt der Streitigkeiten zwischen Unterthanen und Landesherrn nicht enthalten, oder wenn durch besondere Verträge mit dem Landesherrn nicht ein anderes bestimmt ist.

Unterstellt man also einen Fall, wo keine der beyden Ausnahmen eintritt, und deßhalb ein solcher Streit an das Revisorium gebracht werden muß, so entsteht die Frage, ob hier vom Revisorium die Aktenverschickung, um welche ein streitender Theil bittet, versagt werden könne?

VIII.

Bey dem Wahlkonvente v. J. 1790. wurde dieser Gegenstand in der kurbraunschweigischen Abstimmung ausdrücklich berührt, indem dieser Kurhof „mit Vorbehalt der auf Begehren der Partheyen nie zu versagenden Verschickung der Akten an auswärtige unpartheyische Rechtskollegien“ dem kurtrierischen Monitum beystimmte, und hierdurch eine neue Deliberation über diesen Punkt veranlaßte. Kur-

trier hielt eine Erweiterung des 113 §. des J. R. A. für unräthlich, und so ward, ohne die Frage zu entscheiden, der Vorbehalt der Aktenverschickung unter die Zusätze zur Wahlkapitulation nicht aufgenommen a), folglich über die Befugniß der Unterthanen, in solchen Fällen die Aktenverschickung zu begehren, nichts entschieden.

Wenn es ein wahres Glück für die Unterthanen seyn soll, daß ihnen noch die Aktenverschickung bleibt, wie Häberlin b) sagt, so bedarf dieser Satz nach den Verhandlungen des Wahlkonvents wenigstens eines näheren Beweises, denn das Herkommen in einzelnen Ländern, worauf die kurtrierische und kurböhmische Stimme besonders hingewiesen haben, wird uns in den mehrsten Fällen verlassen, da der ganze Gegenstand nach dem Herkommen so schwankend war.

IX.

Wo das Herkommen das Recht der Unterthanen, in solchen Fällen die Aktenversendung

a) Häberlin pragmatische Geschichte der Wahlkapitulation Leopolds II. Seite 277.

b) a. a. O. S. 285.

zu fodern, nicht befestigt, da möchten nach dem Buchstaben des Gesetzes und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch starke Zweifel übrig bleiben, ob es so ausgemacht sey, daß die Unterthanen die Aktenversendung fodern können. Die Oberappellationsgerichte in appellationsfreyen Ländern sind in allen Sachen, also auch in diesen, das Surrogat der höchsten Reichsgerichte, und wenn sie nach diesem Gesichtspunkt im allgemeinen zur Aktenverschikung nicht verbunden sind (§. VI.), so sehe ich keinen rechtlichen Grund ein, der eine Ausnahme in den, die fürstliche Kammer betreffenden, Streitigkeiten hinreichend rechtfertigen könnte; denn die Regel steht entgegen, und weder ein Gesetz, noch die Natur der Sache begründet eine Einschränkung, da die Oberappellationstribunale in solchen Streitigkeiten der Pflichten gegen den Landesherrn entlassen sind, und vorzüglich in grössern Territorien schöne Beweise ihrer geraden unpartheyischen Justiz auch in den, die landesfürstliche Kammer betreffenden, Streitigkeiten zu ihrem unsterblichen Ruhme abgelegt haben.

X.

So wenig indessen von der rechtlichen Seite ich hier eine Foderung der Aktenversendung

für gegründet erkenne, so wenig kann ich von der politischen Seite einem Landesherrn rathen, von dem strengen Rechte Gebrauch zu machen, wenn in einer solchen Streitigkeit der Unterthan um Verschikung der Akten bittet.

Kein Landesherr wird gerne den Unterthanen einen Anlaß zu Mißtrauen in den geraden Justizlauf geben, und jeder wird weit geneigter seyn, aus Liebe zu seinem Volk gegen dessen vielleicht übertriebene Aengstigkeit mit väterlicher Nachsicht zu handeln, ihnen also die Aktenversendung zu erlauben, wenn sie doch in ihr den einzigen Weg zu finden glauben, auf dem sie eine ganz unpartheyische Justiz hoffen. Die Betrachtung, daß in der letzten Instanz erkannt wird, daß für den Unterthan kein Mittel gegen Rechtsverletzung übrig ist, wird vollends alle Zweifel besiegen, welche man dem Landesherrn gegen die Aktenverschikung vorlegen könnte. Hessendarmstadt gieng hierin den Reichsständen mit einem nachahmungswürdigen Beyspiel vor, indem es seinen Ständen auf ihr dringendes Ansuchen die Versendung der Akten bey seinem Oberappellationsgerichte in Klagen gegen den

Fiskus verstattete a). Man kann auch eine allgemeine Nachahmung deßwegen erwarten, weil in Sachen, bey welchen der Landesherr durch seine Kammer selbst interessirt ist, eben die Nachgiebigkeit bey einem so billigen Begehren ihm das Vertrauen seines Landes in einem hohen Grade verschaffen muß.

XI.

Von dieser Seite verdienen die Grundsätze des kaiserlichen Reichskammergerichts allen Beyfall, welche in einer lebhaften Uebereinstimmung die Aktenversendung bey solchen Streitigkeiten begünstigen. Besonders sind seine Grundsätze in folgendem Urtheil entwickelt, welches ich, da es sich beynahe über alle diese Sätze verbreitet, seiner Wichtigkeit wegen hier wörtlich einrücke:

„In Sachen Hugo Philipp Karl Grafen „von Eis gegen Kur-Trier ꝛc. ist erkannt, „daß sowohl die ausgangen, verkündet, und re„produzirten promotoriales als auch die darauf „erkannte Citation super protracta vel dene„gata justitia und Compulsoriales wieder ein„zuziehen, Kläger dahero an das Kur-Trie„rische Revisionsgericht zwar zu remittiren,

a) Schelhaß a. a. O. S. 126. Anm. 12.

„ dem beklagten Herrn Kurfürsten aber — daß
„ derselbe in dieser das kurfürstliche Interesse we-
„ sentlich und allein betreffenden Sache in Ge-
„ folg der bei diesem K. Kammer-Gericht un-
„ term 8 Nov. 1790. ergangenen Verordnung,
„ jedoch ohne ihre Anwendung auf die, zu dem
„ kurfürstlichen revisorio, wenn dasselbe dem —
„ an diesem kaiserlichen Kammer-Gericht 1727.
„ insinuirten privilegio Caesareo de non ap-
„ pellando und dem in Sachen der Erzstifti-
„ schen Landstände gegen den Herrn Kurfürsten
„ erstatteten Bericht geschehenen Erbieten, auch
„ darauf den 23 Jenner 1792. ergangenen De-
„ kret gemäß nach dem Beyspiel anderer mit der-
„ gleichen Kaiserlichen Privilegien versehenen
„ Reichsstände gehörig bestellt seyn wird, geeig-
„ nete Sachen der Kurtrierischen Unterthanen
„ unter sich, acta auf wiederholtes geziemendes
„ Ansuchen des Klägers ad impartiales
„ verschicken solle, aufzugeben sey. Als
„ wir hiemit erkennen, verweisen und aufge-
„ ben ꝛc. “ a).

a) Schelhaß a. a. O. Seite 128.

VI.

Geist des ganzen gerichtlichen Verfahrens, als Grundlage zum allgemeinen Theil der Theorie des deutschen gemeinen Prozesses.

I.

Wenn der Endzwek eines jeden gerichtlichen Verfahrens ist, daß jeder bey seinen ihm vom Staate garantirten Rechten durch die richterliche Hülfe geschützt werde *), so wird jede Handlung, ohne welche dieser Zwek nicht erreicht werden kann, ein wesentliches Stük eines jeden Verfahrens, von denen niemals eines fehlen darf, ohne daß das Verfahren in ein tumultuarisches übergeht, und als unheilbar nichtig in sich selbst zerfällt.

Sie machen nothwendige Bedingungen zur Erreichung des Endzweks aus, und können deshalb durch keine positive Gesetzgebung abgeändert werden.

---

*) Grolman a. a. O. §. 74.

Nach Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände können manche Handlungen eine nothwendige Bedingung zur Erreichung eines besondern Endzweks werden, und hierdurch in einer Verfahrungsart als wesentlich erscheinen, während sie in einem andern Processe vielleicht sogar unnütz sind. Hieraus bildet sich die Eintheilung der wesentlichen Stücke des Verfahrens in absolut und in bedingt wesentliche Stücke [b]). Jene sind nothwendige Bedingungen des allgemeinen Endzweks eines jeden gerichtlichen Verfahrens, und umfassen alle Gegenstände, alle Arten des gerichtlichen Verfahrens, diese hingegen können nur unter der Bedingung eines besondern Endzweks nach Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände gedacht werden.

II.

Unabänderlich, wie die Natur der Sache, sind diese absolut oder bedingt wesentlichen Stücke des gerichtlichen Verfahrens, und jede Gesetzgebung muß auf sie berechnet seyn.

b) Grolman §. 75.

Die erste Foderung an eine Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren ist demnach, daß in ihr kein wesentliches Stük der Verhandlung mangelt, und der erste Schritt zu ihrer Kritik ist eine Prüfung, ob sie diese Foderung in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens befriedigt. Es gilt der Grundlage des Gesetzes, es gilt seinem Rechtsbestand, diese Prüfung muß also vorausgehen, ehe von einer Vervollkommnung die Frage ist; denn so lange die wesentlichen Bedingungen mangeln, ohne welche der Zweck nicht gedacht werden kann, ist jede Frage von Auswahl der zwekmäßigsten Mittel eine vergebliche Mühe.

Aber man muß auch bey einer jeden Gesetzgebung annehmen, daß sie den absoluten Foderungen der Natur der Dinge angemessen sey, auf sie muß in der wissenschaftlichen Bearbeitung alles zurükgeführt, und jede Verfügung des Richters so ausgelegt werden, daß sie diesen Grundbegriffen nicht widerspricht.

Eine allgemeine Revision des gemeinen Processes nach diesem Gesichtspunkt wäre gewiß keine ganz unfruchtbare Arbeit. Sie zu unter-

nehmen, und die aus so vielen fremdartigen Theilen zusammengesetzte Maschine auf die obersten Gesetze ihrer Wirksamkeit zu reduciren, fodert mehr Vorarbeiten in den Theilen, mehr Zeit und äussere Ruhe, als der Mann im südlichen Deutschland jezt hat. Ich will also die Ausführung dieser Idee auf andere Zeiten verschieben, und hier nur einen Beytrag dazu liefern, von welchem wichtige praktische Folgen abgeleitet werden.

III.

Der allgemeine Zwek alles gerichtlichen Verfahrens fodert, daß niemand ungehört verurtheilt werde. Jeder im Staate hat gleichen Anspruch auf Schuz seiner vom Staate garantirten Rechte. Der Staat darf nicht die Rechte eines Bürgers verlezen, wenn er die des andern schüzen will, beyde müssen gleiches Gehör finden; so bald ein Rechtsstreit nur unter der Bedingung zweyer über einen Rechtsanspruch uneiniger Partheyen gedacht werden kann, so ist der Satz: Iura litigantium sunt aequalia, schon damit zugleich ausgesprochen. Wenn nun jener, der den Schuz des Staats zuerst (Kläger) reclamirt, rechtliches Gehör findet, wie will man

es jenem versagen, an welchen ein Anspruch gemacht wird (Beklagter)? So lange der Richter den andern Theil nicht gehört hat, kann er nie vom Rechte seines Gegners moralische Gewißheit haben. Seyen auch die Urkunden deutlich, die Zeugenaussagen entscheidend, das gerichtliche Geständniß unbestreitbar — Sey auch der Richter vom Rechte des Klägers aus dessen Anbringen noch so sehr überzeugt — Kann er wissen, ob nicht ein Verzicht, Zahlung, Compensation den Anspruch seitdem vernichtet hat?

Jedes gerichtliche Verfahren kann nur zum Schutz des Seinen im Staate abzwecken, und dieser Schutz fodert, daß niemand ungehört verurtheilt, keinem die Vertheidigung abgeschnitten werde; es muß also das ganze gerichtliche Verfahren auf eine Einleitung zur wechselseitigen Vertheidigung der Rechte beyder Partheyen abzielen, und Einleitung zur Vertheidigung muß der oberste Grundsatz alles Prozesses seyn.

Ob dieser oberste Grundsatz in allen Arten und Theilen des gerichtlichen Verfahrens in Deutschland liege, und welche Folgen er her-

vorbringe, soll den Gegenstand dieses Beytrags ausmachen.

IV.

Mancher, der nur auf das schwört, was ihm Pomponius und Paulus im römischen oder irgend ein Pabst im kanonischen Rechte sagt, wird solche Untersuchungen mit einer Geringschätzung betrachten, von denen er keinen unmittelbaren Nutzen in seiner lieben Praxis sieht. Aber sage er mir doch: Warum kann der Appellant, dem die gebetenen Appellationsprocesse abgeschlagen wurden, dagegen appelliren? warum kann es der Appellant nicht, wenn sie vielleicht noch ungerechter erkannt worden sind? Sage er mir, warum ein Mandat nicht rechtskräftig wird? Warum hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Devolutivkraft? Warum hingegen die Appellation? Was ist ein wahrer Inhäsivbescheid, gegen welchen eine Appellation nicht mehr statt findet?

Für alle diese Fragen, deren Zahl ich wenigstens hätte verdoppeln können, hat man keinen befriedigenden Grund, wenn man nicht in den Geist des gemeinen deutschen Prozesses ein-

aus

dringt, die Gegenstände, die man antrifft, aus richtigen allgemeinen Principien ableitet, und die Harmonie der Grundsätze, welche in den Gesetzen enthalten sind, mit den ersten Foderungen der Rechtslehre durch eine richtige Entwickelung darstellt.

V.

Soll aber wirklich dieser allgemeine Grundsatz, daß jedem die Vertheidigung seiner Rechte verstattet seyn muß, ehe er verurtheilt wird, in allen Arten des gemeinen Prozesses und in allen Theilen eines jeden Verfahrens liegen? Sollen wirklich alle Proceßarten auf eine Einleitung der wechselseitigen Vertheidigung abzielen? Soll dieses der Grundsatz seyn, in welchem alle Prozeßarten in Deutschland zusammentreffen? Wenn der Richter bald mit unbedingten Mandaten, bald mit Ordinationen vorschreitet — wenn er urtheilt, Bescheide giebt, Arreste und Sequestrationen verhängt, einmal weitläufige Verhandlungen zuläßt, ehe er etwas über die Hauptsache ausspricht, und das anderemal auf blose einseitige Vorstellungen Befehle ertheilt, welche in die Hauptsache eingehen — Soll im ordentli-

Bayerische Staatsbibliothek München

chen und summarischen Processe, im Executiv- und Arrestprocesse, bey Urtheilen und Provisionalverfügungen — soll bey allen diesen Arten und Theilen des Verfahrens doch im Grundsatz der nothwendigen Verstattung des rechtlichen Gehörs eine Uebereinstimmung seyn, so groß auch ihre übrigen Verschiedenheiten seyn mögen?

Es gilt einer sehr bedeutenden Sache; denn ist dies der Geist, der alle Prozeßarten beseelt, so muß von ihm ausgegangen, der Satz mit allen seinen Folgen dargestellt werden, ehe von einzelnen Proceßarten die Rede seyn kann. So hätten wir einen allgemeinen Theil der Theorie alles gerichtlichen Verfahrens, ohne Rüksicht auf Proceßgegenstände und Proceßarten. Richtigkeit des Systems, Entscheidung wichtiger Rechtsfragen hängt davon ab; erschöpft auch diese Erörterung den grossen Gegenstand nicht, so ist es doch Gewinn für die Wissenschaft, wenn er zur Sprache gebracht, und wenn darüber wenigstens Etwas geleistet wird.

Ich werde daher zuerst untersuchen, ob- und in welcher Art der Geist aller Arten des gemeinen deutschen Prozesses in dem Bestreben zur

Einleitung der Vertheidigung beyder Theile besteht, und hierauf werde ich einige der vorzüglichsten Folgen dieses allgemeinen Grundsatzes erörtern.

VI.

Jeder kann über sein Eigenthum schalten, und der Staat muß die Vertheidigung des Eigenthums gegen die Ansprüche des andern zwar erlauben, aber directe befehlen kann er sie nicht. Wenn der Richter eine Klage ad excipiendum mittheilt, so kann der Beklagte zwar zur Leistung dessen, was der Kläger foderte, aber niemals zur Vorbringung der Einreden gezwungen werden. Eine jede Ladung bringt daher nur eine bedingte Verbindlichkeit zu der auferlegten Handlung hervor, sie nämlich vorzunehmen, wenn man nichts von seinen Rechten verliehren will, es mögen nun die Rechte des Eigenthums oder die Rechte, es auf eine bestimmte Weise zu vertheidigen, darunter verstanden werden.

Die Natur der richterlichen Gewalt verträgt es demnach gar wohl, daß der Richter auf eine zweifache Weise die Einleitung zur wechselweisen Vertheidigung der Rechte trifft. Er kann

nämlich entweder in dem Befehle ausdrüklich die Vertheidigung erlauben, oder indirecter weise den Weg zur Vertheidigung öffnen, indem er zwar einen Befehl ertheilt, ohne daß er von der Erlaubniß sich gegen das Anbringen zu vertheidigen, etwas ausdrüklich meldet, diese Erlaubniß aber als im Gesetze selbst begründet, ohnehin voraussezt. — Dort ist ausdrüklich, hier stillschweigend die Erlaubniß zur Vertheidigung ertheilt.

VII.

Geht man von diesen Ideen zur Beurtheilung des gemeinen Prozesses über, so erblikt man allenthalben ein Bestreben, den Grundsatz zu begünstigen, daß jedem streitenden Theile rechtliches Gehör verstattet werden müsse. Der ordentliche Proceß zielt in seiner ganzen Anlage darauf ab, darum wird Klage, Einrede, Replik dem Gegentheil zur Widerlegung mitgetheilt. Aber er bleibt sich sogar in jenen Verfügungen gleich, welche dem Anscheine nach eine weitere Defension nicht übrig lassen. Die Duplik wird nur zur Nachricht mitgetheilt, bey dem Urkundenbeweise der Produkt nur zur Anerkennung oder Ableugnung vorgeladen, die Be-

weisartikel erhält er nur mit der Auflage, Frag-stücke, wenn er will, zu übergeben. Soll nicht wenigstens in diesen Verfügungen der angegebene Grundsatz verlezt seyn? — Auch darin ist er beybehalten, wenn man in den Geist solcher Verfügungen eindringt. Die Dekrete des Richters halten sich an die Regel, und drücken nur jenes aus, was dieser zufolge geschehen muß. Mit der Duplik sind die Verhandlungen der Partheyen zu Ende, der Richter erklärt dies in dem Ausdruk: zur Nachricht; aber er sezt durch die Mittheilung der Duplik den Kläger in den Stand, seine Rechte zu vertheidigen, und um Erlaubniß der Triplik zu bitten — Eben dies ist die Absicht, aus welcher die Beweisantretung dem Produkten mitgetheilt wird; er kann daher Einreden gegen die Zulässigkeit der Beweismittel vortragen, und dadurch ein besonderes Verfahren über diese Vorfrage (Productionsverfahren) veranlassen. Die Mittheilung dessen, was der Gegner vorgebracht hat, schließt also schon kraft der Gesetze (ipso jure) die Verstattung des rechtlichen Gehörs in sich, ohne daß es nothwendig ist, dieses in den Verfügungen besonders auszudrücken. Man müßte die Verfügungen des Richters ausserordentlich weitläufig machen, mit Befehlen,

Erlaubnissen, Vorbehalten und Präjudicien bis zum Ekel überladen, und um dieses zu vermeiden, drükt der Richter nur jenes aus, was zum Gange des Verfahrens nothwendig ist, und begnügt sich, durch die Mittheilung des gegnerischen Vortrags den Weg zur Rechtsvertheidigung dem andern Theile geöffnet zu haben, ohne darüber etwas besonders und ausdrüklich zu sagen, weil er darauf gegründete Rechnung macht, daß die Gesetze die Folgen dieser Mittheilung und eben dadurch den Sinn solcher Mittheilungsbescheide schon im allgemeinen bestimmt haben.

VIII.

Strafen des Ungehorsams, Präclusionen, Beschluß der Sache, Rechtskraft bestehen mit diesem Grundsatz sehr wohl. Kann gleich der Staat durch die richterliche Gewalt jeden in seinem Rechte nur unter der Bedingung schützen, daß er einem jeden streitenden Theile gleiches rechtliches Gehör verstattet, so muß dennoch eine Zeit bestimmt seyn, innerhalb welcher der andere rechtliches Gehör begehrt, weil sonst der Schuß des Staats von jenem abhängig gemacht würde, gegen welchen er statt finden soll: weil keiner aufhören würde, zu zanken, und weil ein

jeder die Thätigkeit des richterlichen Amtes hindern könnte. Was Möser a) mit der ihm ganz eigenen Laune über den Unterschied des würklichen und förmlichen Rechts sagt, finden wir tief in der Natur der Sache gegründet; der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens ist Schutz des Seinen, der Schutz fodert zwar, daß jedem das rechtliche Gehör verstattet werde, aber eben dieses Mittel muß nach dem Zwecke berechnet, und so eingerichtet seyn, daß dadurch der Zweck nicht aufgehoben werde. Die Gesetze müssen demnach die Verstattung des rechtlichen Gehörs auf eine Zeit beschränken, und jener, der diese Zeit wußte, ohne in derselben das rechtliche Gehör zu begehren, hat dadurch erklärt, daß er kein rechtliches Gehör wolle, daß er auf seine Vertheidigung Verzicht leiste. Alle Termine, Präclusionen, Strafen des Ungehorsams, Rechtskraft ruhen demnach in dem Grundsatz des Verzichts auf rechtliche Vertheidigung. Wer auf eine Handlung, die er für seine Rechte vornehmen konnte, Verzicht leistet, sieht für sich die Handlung für geschehen an, und hat in alle Folgen derselben eingewilliget; wer demnach einen Termin verstreichen läßt, ohne die Hand-

a) Patriot. Phantas. Th. IV. S. 113.

lung vorzunehmen, die er darin vornehmen sollte oder konnte, ist im rechtlichen Sinne vertheidigt, und die litis contestatio ficta der Römer ruht in richtigen Vernunftschlüssen.

IX.

Wir finden in eben diesen Grundsätzen und ihrer Entwickelung einen Maasstab, nach dem wir die Gränzen der Folgen eines solchen Verzichts auf Vertheidigung abstellen können. Wir sehen daher 1) daß sie nur unter der Bedingung eintreten, wenn jener, dessen Verzicht aus der unterlassenen Vertheidigung geschlossen werden soll, im Stand war, die Handlung vorzunehmen (non valenti agere non currit praescriptio); und die Gesetze haben darum die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen verabsäumte Termine und Nothfristen verstattet. 2) Eben daraus folgt, daß, wenn itzt erst eine Vertheidigung nothwendig wird, man in deren vorhergehender Unterlassung keinen Verzicht annehmen darf. Darum kann der Kläger über die Zahl der Vertheidigungsmittel eine Triplik übergeben, wenn erst in der Duplik ein neues Vorbringen lag, gegen welches eine weitere Vertheidigung nothwendig ist. 3) Der Verzicht darf nur von

den Vertheidigungsmitteln verstanden werden, welche einem streitenden Theile zur Zeit der Renunciation zu Gebothe standen (novum emergens novum requirit auxilium); nach diesem Grundsatz können Einreden, welche durch eine Veränderung der Umstände itzt erst ihre Entstehung erhalten, auch nach der Zeit vorgebracht werden, in der sie sonst statt finden a). Das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundenen Urkunden und Beweisen ruhet auf diesem Grundsatz. 4) Jeder Verzicht muß streng ausgelegt werden, die Folgen der unterlassenen Vertheidigung dürfen nicht größer seyn, als ihre Ursache. Der Verzicht auf ein Rechtsmittel, die Appellation, enthält demnach keinen Verzicht auf Nullitätsklage oder Restitution, und der gemeine Prozeß belegt die unterlassene Antwort auf die Klage mit dem Verlust der Einreden, nicht mit dem Eingeständniß der Klage. 5) Der Verzicht ist der rechtliche Grund aller Folgen, die eine Präclusion hervorbringt; diese Folgen können sich daher niemals auf jene Punkte erstrecken, welche von der Willkühr der Partheyen nicht ab-

a) Dann §. 168.

hängen [b]). Darum kann den Richter der Aktenschluß nicht binden, und darum sind sogar verzögerliche Schutzreden, welche das Wesen des Prozesses selbst betreffen, z. B. die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache und zum Prozesse [c]), in dem Verzichte nicht begriffen.

X.

Größeren Zweifeln ist es unterworfen, ob auch alle summarische Prozeßarten in allen Theilen des dabey statt findenden Verfahrens auf den Grundsatz berechnet sind, daß dem Gegentheile die Vertheidigung nicht abgeschnitten sey. Wie soll ein Verfahren auf dem Grundsatz der zugelassenen rechtlichen Defension ruhen, wenn der Richter eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen verabsäumte Fristen (brevi manu) erkennt, ohne vorher den Gegentheil darüber zu hören? wenn er auf einseitige Vorstellungen, Ordinationen und Mandate erläßt, oder Arreste und Sequestrationen erkennt? Wenn er in schleunigen Verfahrungsarten schon dadurch, daß er auf einseitiges Anbringen auf

b) Grolmann §. 78.

c) Danz §. 168.

diese Prozeßgattung erkennt, wenigstens insoweit einem Ungehörten die rechtliche Vertheidigung abschneidet, als bey einer solchen befreyten Prozeßart nicht alle Vertheidigungsmittel zugelassen sind, somit die in derselben unzulässige, und im ordentlichen Verfahren erlaubte Mittel verlohren gehen, ohne daß man darüber rechtliches Gehör vorher fand?

Die Einwürfe sind dem ersten Anschein nach nicht unbedeutend, aber sie verliehren ihr Gewicht, wenn man tiefer in den Geist solcher Verfahren eindringt.

XI.

Solange der Richter nicht beyde Theile über einen rechtlichen Anspruch gehört hat, kennt er die Merkmale eines bestimmten Falls nicht genau, er hat von den Merkmalen des Falls, wie er wirklich ist, keine juristische Gewißheit (§. III.); er kann nur sagen, was bey dem ihm einseitig vorgelegten Falle Rechtens ist, aber er kann nicht sagen, daß diese Erzählung jene Merkmale in sich faßt, welche den Fall ausmachen, über welchen die Rechte unter streitenden Theilen entschieden werden sollen; der Fall ist nach

seinen Merkmalen unter den Partheyen vor ihrer beyderseitigen Vertheidigung noch nicht bestimmt, der Richter kann also über die Identität der Merkmale eines genau bestimmten Falls mit den Merkmalen des in dem anzuwendenden Gesetze enthaltenen Falls noch keine Erklärung geben, d. h. nicht urtheilen, daher ist jede Verfügung des Richters auf einseitige Vorstellungen gegen jenen kein Urtheil, wider den sie erlassen wird.

Derjenige, wider den ein Mandat erkannt, ein Arrest verhängt, oder eine Ladung nach den Bestimmungen des Executivprozesses erkannt wurde, kann sein Recht durch Einreden der falschen Vorstellung (exceptiones sub- et obreptionis) vertheidigen, er kann im Arrestprozesse den Beweis der Foderung, worüber der Arrest impetrirt war, begehren, und die Richtigkeit der Foderung durch alle Vertheidigungsmittel bestreiten, er kann im Executivprozesse den Klagegrund durch liquide Einreden zerstöhren. Daß demnach in der Hauptsache solche Verfügungen auf einseitige Vorstellung kein Urtheil sind, ist unverkennbar.

Aber der Richter fügt doch auf einseitige Vorstellung dem andern Theile einen Schaden zu, im Mandatsprozesse sind bey unbedingten Mandaten keine Rechtseinreden (exceptiones juris) erlaubt, im Executivsprozesse keine illiquide Einreden, bey Sequestrationen, Inhibitionen, Arresten, wird die provisorische Anordnung alsogleich in Vollzug gesetzt — ist also nicht wenigstens insoweit, also in Rücksicht auf die Verfahrungsart (ratione processus) der Grundsatz von zugelassener Defension verletzt?

Ich will die vorzüglichsten dieser Prozeßarten von dieser Seite prüfen, und fange mit den unbedingten Mandaten an.

XII.

Die Gesetze fühlen es selbst, daß sie von der Regel in einiger Rücksicht bey den unbedingten Mandaten abweichen, und die Kammergerichtsordnung *a*) kann da, wo sie die Recht-

a) K. G. O. 1555. Th. II. Tit. 23. (Concept. Th. II. Tit. 25.) Vergl. Mohl System der Gerichtsbarkeit des K. und R. K. G. Th. 1. S. 223.

mäßigkeit der unclausulirten Mandate bestärkt, zu denselben den Weg nur durch die Regel finden, daß „in den kaiserlichen Rechten gar wohl „verordnet und versehen, daß in gerichtlichen „Sachen nicht an der Execution und Mandaten „angefangen werden soll.“ Wo bey andern Rechtsstreitigkeiten des Richters erster Schritt ist, den Beklagten zur Rechtfertigung aufzufodern, da kann der nämliche Geist nicht herrschen, wenn ein Verfahren mit dem Befehle des Richters in der Hauptsache anfängt! — Dies ist aber nur in Rücksicht auf die Art richtig, wie der Richter den Weg zur Vertheidigung öffnet, nie aber insoweit, als ob diese Prozeßart darauf berechnet wäre, daß die Vertheidigung nicht statt finden, nicht in der Absicht des Richters liegen sollte. Ich könnte zwar anführen, daß Exceptiones sub- et obreptionis auch gegen unclausulirte Mandate statt finden, allein dies würde immer noch die Frage nicht entscheiden, ob die Gesetze consequent sind, wenn sie auf der einen Seite von einem Befehle anfangen, und auf der andern dennoch Einreden vorbringen lassen.

Die Gesetze dachten an einen Fall, wo die Rechtsverletzung 1) so stark ist, daß — die

Wahrheit des Factums vorausgesetzt — eine rechtliche Einrede dem Antrage des Klägers nicht im Wege steht (factum nullo jure justificabile) und worüber 2) dem Richter schon bey Anbringung der Klage durch Beweismittel b) eine solche Ueberzeugung beygebracht wurde, daß er das Gegentheil zwar noch als möglich sich denken kann, aber den vom Kläger erzählten Fall nach den darüber vorgebrachten Bescheinigungen so lange für wahr annehmen muß, bis das Gegentheil dargethan wurde; bey einem solchen Falle nun erlaubten sie, a praecepto anzufangen, und ein unclausulirtes Mandat zu erkennen.

Läugnen kann man nicht, daß hiebey der Richter schon in Erkennung des Mandats nicht nur über die Bescheinigungen, sondern besonders über die Sache selbst auf einseitige Vorstellung urtheilt, indem er, das Factum als wahr angenommen, dasselbe unter das Gesetz subsumirt, und mit Erkennung des Mandats die Erklärung macht, daß es durch keine Rechtseinrede

b) Dies ist erst durch den jüngsten Reichsabschied eingeführt, und dadurch eine Inconsequenz der ältern Gesetze glüklich gehoben worden.

(exceptio juris) gerechtfertigt werden kann, wenn es sich so verhält, wie es der Kläger (Impetrant) erzählte.

Aber dessen ungeachtet ist auch durch Erkennung des Mandats die rechtliche Vertheidigung nicht abgeschnitten, sondern es liegt vielmehr auch im Geiste des Mandatsprozesses eine Eröffnung des Wegs zur vollkommenen Vertheidigung.

XIII.

Mit dem unbedingten Mandate müssen dem Impetraten alle Vorstellungen seines Gegners samt ihren Beylagen, welche das Mandat veranlaßt haben, zugestellt werden. Schon durch diese Mittheilung wird dem Impetraten unter einer andern Form (indirecte oder tacite) die Erlaubniß gegeben, seine Rechte gegen den Angriff seines Gegners zu vertheidigen (§. VI.). Auf dieser Maxime ruht der Mandatsprozeß, und in ihr liegt eine Einleitung zur wechselweisen Ausführung der Rechtszuständigkeiten, ehe das eigentliche Urtheil vom Richter gefällt wird. Gehe man nur in das ganze Mandatsverfahren ein, überall wird man diesen Geist hervorleuchten sehen. 1)

1) Auch der Richter kann fehlen, und sich in Erkennung des Mandats übereilen. Der Impetrat kann daher die Rechtlichkeit des erlassenen Mandats selbst anfechten, und darthun, daß das Factum, auch dessen Wahrheit vorausgesetzt, zu einem Mandate nicht qualificirt ist (Einrede der unrecht gewählten Prozeßart). Hätte eines der höchsten Reichsgerichte mit Uebergehung der Austrägalinstanz auf eine Schuldurkunde, welche die Executivclausel nicht enthält, ein unbedingtes Mandat erkannt, so könnte der Impetrat die Einrede des unstatthaften Mandats vorbringen, und dessen Aufhebung rechtlich fodern. Nicht einmal von dieser Seite ist demnach das Mandat ein unabänderlicher Ausspruch des Richters, welcher die Vertheidigung des Impetraten gegen dasselbe abschneidet, und wir sehen auch im Mandatsprozesse den Grundsatz, wie er bey Appellationen gilt, wo der Appellat in den Einreden wider den Beschwerdenlibell die exceptionem defertionis oder non devolutionis auch nach erkannten Appellationsprozessen vorbringen kann.

2) Der Impetrat kann die Beweise des Impetranten prüfen, und zeigen, daß durch sie der im Mandatsprocesse nöthige Grad von juristischer Gewißheit nicht hergestellt werde.

3) Er kann solche Gründe vorbringen, durch welche das Angeben des Imploranten, als in wesentlichen Punkten unrichtig oder mangelhaft und das Mandat als (sub- et obreptitie) erschlichen dargestellt wird.

Der Impetrat kann also nicht blos gegen das Vorbringen des Impetranten, sondern gegen das Mandat selbst, sich vollkommen vertheidigen, er wird durch die Mittheilung dessen, was sein Gegner vorgestellt hat, in den Stand gesetzt, diese Vertheidigung zu führen, folglich lag es in der Absicht des Richters, dem Impetraten hiezu den Weg zu öffnen, und wir sehen, daß auch der Mandatsprozeß auf den Grundsatz der wechselseitigen Vertheidigung vor dem Ausspruch des Richters berechnet ist a).

a) Ordinationen ruhen auf dem nämlichen Grundsatz, auch gegen sie findet die Einrede der Erschleichung statt.

XIV.

Aus eben diesem Gesichtpunkte ist der Executivprozeß zu betrachten, da bey ihm nicht mit einem Befehl in der Hauptsache, wie im Mandatsprocesse, angefangen wird, sondern da die Verfügung des Richters auf eine Vertheidigung des Impetraten in dem zur Vorlage der Urkunden anberaumten Termine abzielt. Es ist auch noch gar nicht widersprochen worden, daß derselbe alle Einreden vorbringen darf, wodurch er zeigen kann, daß der Executivprozeß nicht statt finde, und daß der Impetrat, ohne etwas weiter anzuführen, berechtiget ist, aus solchen Einreden auf Abweisung des Klägers aus dieser schleunigen Verfahrungsart in das ordentliche Verfahren zu dringen; Einreden gegen die Urkunden, Einreden gegen das Klagerecht, wenn sie sogleich liquid gemacht werden können, sind ohnehin erlaubt. Wir sehen daher, daß auch der Executivprozeß in seiner Anlage auf dem Grundsatz ruht, die Vertheidigung nicht abzuschneiden.

XV.

Provisorische Verfügungen, in Sachen über den jüngsten Besitz, Sequestrationen,

Arrestverfügungen, sind bey dem ersten Anblick noch eine größere Abweichung, als die Mandate, von dem Grundsatz, niemanden ungehört zu verurtheilen; indem sie nicht blos mit einem Befehle in der Hauptsache anfangen, sondern mit einer Vollstreckung des Befehls verbunden sind. Wenigstens ist auf einseitige Vorstellung, bis der Arrest wieder aufgehoben wird, die Freyheit des Impetraten, über seine Person oder sein Eigenthum zu disponiren, beschränkt.

Den Rechtfertigungsgrund zu einer solchen Verfügung gibt selbst der Endzweck der gerichtlichen Verhandlungen an die Hand a), indem eine auf Verzug haftende Gefahr, eine solche Verbindung der Umstände erfodert wird, daß ohne eine augenblickliche Verfügung der Endzweck alles gerichtlichen Verfahrens, Schutz des Seinen, nicht mehr erreicht werden könnte.

Aber auch damit verbinden die Gesetze den Grundsatz, rechtliches Gehör nicht zu versagen. Die ganze Verfügung ist keine unabänderliche fortdauernde Bestimmung der Rechtsver-

a) Sehr schön hat ihn Grolman §. 238. entwickelt.

hältnisse unter den Partheyen, sie gilt nur für den Augenblick der Gefahr, nur provisorisch, und erhält nur durch ausserordentliche Umstände ihre Existenz. Aber die Gesetze verbinden auch alsogleich mit Erlassung der provisorischen Verfügung die Realisirung ihrer allgemeinen Absicht, dem Impetraten einen Weg zur Vertheidigung seiner Rechte zu öffnen.

Dem Impetraten müssen alle Anträge seines Gegners mitgetheilt werden, welche das Provisorium veranlaßt haben, damit er in den Stand gesetzt werde, alles vorzubringen, was der Rechtlichkeit des Antrags entgegen steht. Nun kann er nicht blos die Unrichtigkeiten oder Lücken im Vortrag seines Gegners aufdecken, und daraus Einreden ableiten, sondern er kann auch darauf seine Einreden bauen, daß selbst nach allem, was der Impetrant vortrug, das Provisorium nicht hätte erlassen werden sollen (Einrede des unstatthaft erkannten Arrestes), wornach, wenn die Einreden gegründet sind, der verhängte Arrest oder die verfügte Sequestration alsogleich aufgehoben werden muß, und alle daraus sonst entspringende Folgen hinwegfallen.

XVI.

Das Resultat dieser Untersuchung besteht daher in zwey Grundsätzen:

A) Nicht blos der ordentliche Prozeß, sondern auch alle summarische Prozeßarten sind in allen Theilen auf den Grundsatz berechnet, daß der Richter durch seine Verfügung erst die wechselseitige Vertheidigung der Rechte unter beyden Partheyen (Verhandlungen) einleitet, ehe er in der Verfahrungsart oder in der Hauptsache eine unabänderliche Bestimmung der Rechte in Ansehung des streitigen Gegenstandes gibt.

B) Die Art, Verhandlungen einzuleiten, ist zweyfach, entweder geschieht es ausdrücklich, oder stillschweigend — geradezu oder mittelbar (directe vel indirecte) jenes durch Auflagen einer Verhandlung, dieses durch Mittheilung dessen, was ein Theil vorgebracht hat, an seinen Gegentheil. Im letzten Fall ist er in den Stand gesetzt, seine Rechte zu vertheidigen, und es wird für einen Verzicht mit Grund angenommen, wenn er hierauf die Vertheidigung unterläßt (§. VIII.). Beyde Arten sind aber nicht wesentlich, sondern nur in

ganz zufälligen Dingen von einander verschieden, und bringen allenthalben gleiche Wirkungen hervor.

Ich will nunmehr einige der vorzüglichsten Folgen erörtern, welche aus diesen allgemeinen Grundsätzen in dem gemeinen Prozesse, als einem Ganzen, ohne Rücksicht auf besondere Proceßarten oder Lagen des Rechtsstreits entspringen.

XVII.

I. Wenn die Zulassung der rechtlichen Vertheidigung die Maxime alles gerichtlichen Verfahrens, und die Mittheilung dessen, was ein Theil vorgestellt hat, das nothwendige Mittel zur Erreichung dieser Absicht ist, so muß der Richter alles Vorbringen einer Parthey, welches er bey seiner Verfügung zum Grund legen will, dem Gegentheil mittheilen. Daher sind in dem Gesetze der nothwendigen Mittheilung

1) jene Schriften nicht begriffen, auf deren Inhalt der Richter keine Rücksicht nehmen darf, und welche gegen die Ordnung des gericht-

richen Verfahrens übergeben wurden. Aus dieser Ursach werden präoccupatorische Vorstellungen, Schriften, welche über die erlaubte Zahl der Verhandlungen von einem Theil eingebracht wurden, nicht mitgetheilt, wenn sie auch nicht von den Akten entfernt werden. Wenigstens sollte aber in einem solchen Fall ein Conclusum zu den Akten kommen, welches den Grund enthielte, warum die Mittheilung nicht geschehen sey.

2) Anträge einer Parthey, wogegen eine Vertheidigung durchaus zwecklos ist, werden auch bey anhängigen Sachen nicht mitgetheilt. Wenn ein Theil den Ungehorsam seines Gegners anklagt, wo derselbe nicht ungehorsam war, wenn bey einer dilatorischen Ladung um Fristverlängerung gebeten worden, da ist gewiß jede Mittheilung unnütz; hingegen ist sie bey allen peremtorischen Ladungen, und insbesondere bey den Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand gegen verabsäumte Termine, welche, ohne den Gegentheil zu hören, erkannt werden (restitutio i. i. brevi manu) durchaus nothwendig.

3) Bey nicht anhängigen Sachen ist keine Mittheilung nothwendig, z. B. wenn der Richter den

Antrag des Klägers abweißt, weil hier der Zweck jeder Vertheidigung aufhört. Appellationssachen müssen als anhängige betrachtet werden.

4) Alle Schriften in anhängigen Sachen, deren Inhalt den Gegenstand des Streits selbst betrifft, müssen auch dann dem Gegentheil mitgetheilt werden, wenn darauf in der Regel keine weitere Handlungen nothwendig oder erlaubt sind; weil der damit eintretende Schluß der Sache nur die Regel ausmacht, und die Ausnahme zu den rechtlichen Vertheidigungen gehört; daher die Nothwendigkeit der Mittheilungsbescheide zur Nachricht.

5) Sie erstreckt sich auch auf diejenigen Materialien, welche der Richter durch präparatorische Verfügungen erhalten hat. Auch die in Appellations, oder Mandatssachen vom Richter auf sein Verlangen erhaltenen Berichte sind demnach als Schriften, welche der Richter bey seiner Verfügung zum Grund legt, in dem Gesetze begriffen, welches die Nothwendigkeit der Communication bestimmt.

XVIII.

II. Die Art der Communication ist nicht wesentlich, obgleich der Richter die in den Gesetzen vorgeschriebene Art der Mittheilung nicht verlässigen darf. Bey dem kaiserlichen Reichskammergerichte ist in Judicialsachen der Grundsatz, daß alles, was in einem Rechtsstreite verhandelt wird, in der Audienz übergeben wird, und dadurch zur legalen Kenntniß beyder Theile gelangt; die Mittheilung liegt hier in dieser Verfassung des Gerichts, ohne daß ein Mittheilungsbescheid nothwendig wäre, und bey aussergerichtlichen Vorstellungen lenkt das Kammergericht durch seine bekannte Form: facta reproductione judicialiter, in diesen Weg ein. Gerichte hingegen, welche die Direction eines jeden einzelnen Prozesses haben, erlassen in der Regel förmliche Mittheilungsbescheide. Nur wird manchmal, um unnöthige Kosten zu sparen, eine kürzere Art der Mittheilung vorgezogen, indem man entweder die Einsicht einer eingekommenen Schrift bey Gericht anstatt der Communication ausdrücklich erlaubt, oder, wie der kaiserliche Reichshofrath sehr zweckmäßig zu thun pflegt a), die Verfügung

a) Hanzely Anleit. zur Reichshofrathspraxis. Th. II. S. 447.

gibt, daß parti imploranti der Bericht auf Anmelden e Cancellaria, jedoch ad solam notitiam verabfolgt werden solle.

XIX.

III. Keine Handlung des Richters darf als zwecklos betrachtet werden, und die rechtlichen Folgen einer vom Richter unternommenen Handlung sind aus der Absicht zu berechnen, aus welcher sie der Richter vornahm, sey es auch, daß er die Folgen in dem darüber ausgefertigten Aufsatz (§. VI und VII.). nicht ausgedrückt habe. Der Zweck der Mittheilung kann nur in dem bestehen, daß ein streitender Theil in den Stand gesetzt werde, gegen das mitgetheilte seine rechtliche Vertheidigung zu führen. Es ist demnach offenbar, daß durch jeden Mittheilungsbescheid in allen Prozeßarten die Vertheidigung stillschweigend zugelassen wird, und daß alle Mittheilungen nur so, und nicht anders ausgelegt werden dürfen. Diese Vertheidigung darf demnach zuerst auf die Qualification der Sache zur Prozeßart, in welche sie eingeleitet wurde (§. XIII—XV.), sodann in der Hauptsache auf

alle Einreden gerichtet werden, welche nach der rechtmäßig eintretenden Prozeßart zulässig sind. Aber selbst die bestimmt nur zur Nachricht geschehenen Communicationen öffnen noch den Weg zu einer Vertheidigung; der Kläger kann daher gegen eine ihm nur ad notitiam mitgetheilte Duplik aus hinreichenden Gründen begehren, zur Triplikhandlung zugelassen werden; er kann die Unrichtigkeiten aufdecken, welche in einem nur zur Nachricht ihm mitgetheilten Berichte enthalten sind, und den Anlaß zu seiner Abweisung gegeben haben.

XX.

IV. Aus eben dem allgemeinen Grundsatz, daß alle Verfügungen des Richters auf die Möglichkeit, seine Rechte zu vertheidigen, berechnet seyn müssen, folgt, daß der Richter den Partheyen von allen Handlungen Nachricht geben muß, welche bey Gericht vorgehen, und bey welchen eine Vertheidigung der Rechte als möglich gedacht werden kann. Daraus fließt die Nothwendigkeit der monitorischen Ladungen.

Kein Gericht darf in ein Fehmgericht ausarten, in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten müs-

sen alle Handlungen des Richters, wovon die Rechte der Partheyen abhängen, das Gepräge der Offenheit an sich tragen, geheime Commissionen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verletzen die ersten Grundbegriffe der richterlichen Gewalt, und stehen mit dem Zwecke alles gerichtlichen Verfahrens in einem offenbaren Widerspruch.

XXI.

V. Die Rechte der streitenden Theile erstrecken sich nicht blos auf ihr Eigenthum, sondern auch auf die Art, wie es der Staat schützt; auch die angemessene Prozeßgattung gehört zu den Rechten der Partheyen. Da nun jedes gerichtliche Verfahren zuerst darauf abzwecken muß, die wechselseitige Ausführungen der Rechte unter den Partheyen einzuleiten, so folgt, daß die Mittheilung in der Regel ausdrücklich zur Gegenvertheidigung geschehen muß; eine Mittheilung, welche nicht principaliter die Einbringung der Defension zum Zwecke hat, sondern welche die Vertheidigung nur indirecte, nur stillschweigend erlaubt (§. VI.) kann daher nur als Ausnahme von der Regel statt finden, und muß in dieser Rücksicht nicht nur auf einem besondern gesetzli-

chen Grunde ruhen, sondern auch nach voraus-gegangener genauer Prüfung und mit der gering-sten Abweichung von der Regel geschehen. Dar-um können im Zweifel keine Mandate, solange der Schutz des Seinen einen Arrest nicht noth-wendig macht, kein Arrest, solange der Schutz mit der Vernehmung des Impetraten bestehen kann, keine Sequestration erkannt werden, ohne dem Impetraten vorher rechtliches Gehör über den Antrag seines Gegners verstattet zu ha-ben *a*).

XXII.

VI. Der Richter kann, solange er beyde Theile noch nicht gehört hat, niemals eine Er-klärung über die Identität des ihm vorgelegten Factums mit den Merkmalen des im anzuwen-denden Gesetze enthaltenen Falls machen; er kann also, wo er nur auf einseitige Vorstellungen eine Verfügung erläßt, die Absicht gar nicht haben, ein, vor diesem Gerichtshofe, in dieser Instanz, unabänderliches Recht unter den Partheyen fest-zusetzen; in Ansehung der Hauptsache leidet dies wohl keinen Zweifel, aber auch in Rück-

a) Grolman §. 241. no, 1.

sicht der Prozeßart ist es richtig, und von wichtigen Folgen.

Richtig ist es; denn die Gesetze verstatten, daß der Beklagte, bisher noch nicht gehörte Theil, auch gegen die Prozeßart sich vertheidige, sie geben ihm dazu die in allen Prozeßarten anwendbare Einrede der unrecht gewählten Prozeßart; er kann daher durch die Einrede der Desertion oder nicht devolvirten Sache sich gegen die erkannten Appellationsprozesse schützen, er kann die Einrede der zum Mandat nicht qualificirten Sache, des unstatthaften Arrestes wegen Mangel an Gefahr (§. XIII—XV.) entgegensetzen, und die Gesetze wollen, daß diese Einrede bey dem Richter, der die Verfügung erlassen hat, vorgebracht, und erschieden werde. Also ist auch die in einer Prozeßart erlassene Verfügung des Richters auch in Rücksicht der Prozeßart kein unabänderliches Recht, sie kann nicht blos durch neu vorgebrachte Thatsachen entkräftet werden, sondern man kann seine Vertheidigung dagegen auch darauf bauen, daß der Richter nach allem dem, was der Impetrant vorstellte, die Verfügung nicht so, wie ers that, hätte erlassen sollen.

Aus diesem Grundsatz fließt die wichtige Folge, daß gegen die in einer bestimmten Prozeßart erlassene Verfügung kein Rechtsmittel, keine Appellation zulässig sey, solange nicht der Beklagte die Einrede der unrecht gewählten Prozeßart vorgebracht, und der Richter sie verworfen hat. Solange dies noch nicht geschehen ist, ist kein Ausspruch da, der ohne ein Rechtsmittel in ein unabänderliches Recht übergehet, der Beklagte ist in seinen Rechten noch nicht verletzt, sein Gegner hat noch kein wahres, unbedingtes Recht auf diese Prozeßgattung, es ist also keine der Bedingungen vorhanden, unter welchen allein der Gebrauch eines Rechtsmittels gedacht werden kann; der Richter macht sich zwar durch ein hierunter begangenes Versehen verantwortlich, er kann zur Parthey werden, man kann gegen ihn eine Injurienklage wegen einem unrecht erkannten Arreste anstellen, aber ein Rechtsmittel unter den streitenden Theilen, eine Appellation findet noch nicht statt.

Man muß also erst gegen die Statthaftigkeit der vom Kläger gewählten und vom Richter angenommenen Prozeßart die Einrede vorbringen, und erst nach der darüber geführten Ver-

Vertheidigung wird durch Verwerfung dieser Einrede ein Rechtsmittel begründet; eben daraus erhellt aber auch die weitere gleich wichtige Folge, daß ein Bescheid, worin diese Einrede als ungegründet verworfen wurde, kein Inhäsivbescheid ist, und daraus gegen die Zulässigkeit der Appellation kein Grund entnommen werden kann, wie ich in einer besondern Abhandlung umständlicher zeigen werde.

XXIII.

VII. Sogar leidet dieser Satz mit seinen praktischen Folgen alsdenn keine Ausnahme, wenn der Beklagte durch präoccupatorische Vorstellungen oder durch Berichte Handlungen vorgenommen hat, welche dem Anschein nach schon die Vertheidigung in sich haben. Präoccupatorische Vorstellungen müssen als unzulässige Vertheidigungen für nicht geschehen geachtet werden, diese können demnach keine Ausnahme begründen. Aber auch Berichte ändern an diesen Grundsätzen nichts ab; sie sind nur ein Mittel zur Vorbereitung des Prozesses (processus praeparatorius), nach welcher das eigentliche, wahre, gerichtliche Verfahren erst seinen Anfang

nimmt; wer nur berichtet, hat keine Einreden vorgetragen, erst mit Erkennung der Prozesse (processus principalis) tritt die Bedingung ein, unter welcher Einreden gedacht werden können, hier erst kann und muß der Beklagte die Einrede der unstatthaften Prozeßart entgegensetzen, also treten auch erst von diesem Zeitpunkte alle im vorhergehenden Paragraph angeführten Grundsätze ein.

XXIV.

VIII. Ohne wechselseitige Vertheidigung, ohne daß gerichtliche Verhandlungen vorausgehen, kann der Richter keine Erklärung über die Identität der Merkmale des streitigen Falls mit dem Falle, der in dem anzuwendenden Gesetze enthalten ist, geben; diese Erklärung heißt Urtheil (sententia). Schon die allgemeinsten Rechtsbegriffe enthalten demnach den Grund des Unterschieds zwischen Urtheil und Dekret (decretum simplex). Jede Verfügung auf einseitige Vorstellung ist ein Dekret in diesem Sinne, und eben darum können Dekrete nicht in Rechtskraft übergehen.

Hat der Richter nach geführter Vertheidigung der beyderseitigen Rechte das Urtheil gegeben, so hat er den Zweck seiner Thätigkeit erfüllt (Iudex sententiam pronuntians functus est officio suo); von diesem Richterstuhle sind die Rechte unter den Partheyen, soweit es im Zwecke der Verhandlungen liegt, bestimmt, und wer über den nämlichen Streitgegenstand unter dem nämlichen Gesichtspunkte (Identitas causae) eine Abänderung des Urtheils verlangt, muß sie bey einem andern Richter (Instantia) suchen; unterläßt er dieses in der von den Gesetzen bestimmten Zeit, so hat er auf eine weitere Vertheidigung Verzicht geleistet, das Urtheil, worin der Rechtsbestand seiner schon geführten Vertheidigung abgewogen worden, gehet nun in unabänderliches Recht über (res judicata). Ein simples Dekret aber kann von Seite des Richters keine solche Bestimmung über die Rechte unter den streitenden Theilen seyn, wodurch der ganze Zweck seiner Thätigkeit erreicht wäre, sondern es gilt erst der Erfüllung der Bedingungen, unter welchen dieser Zweck gedacht werden muß; es kann also von seiner Rechtskraft keine Rede seyn.

Zwar können solche Dekrete eine Quelle der Rechte in Rücksicht auf die Prozeßart unter den streitenden Theilen werden, wenn derjenige, dem gegen das Dekret eine Einrede zugestanden wäre, sich derselben nicht bedient, sondern sich z. B. in einer Prozeßart einläßt, die ihm nicht wider seinen Willen aufgebürdet werden konnte. Allein dieß muß aus der Natur eines Verzichts auf Einreden, keineswegs aber eines Verzichts auf Rechtsmittel gegen Urtheile betrachtet werden, es ist also an die Fatalien der Rechtsmittel keineswegs gebunden.

XXV.

IX. Urtheile setzen Verhandlungen, eine Vertheidigung der Rechte von beyden Partheyen voraus. Es ist aber nicht nothwendig, daß diese Verhandlungen von beyden Partheyen wirklich gepflogen werden, sondern es genügt, wenn beyde Theile im rechtlichen Sinne nach der Ordnung der rechtmäsig erwählten Verfahrungsart für vollkommen vertheidigt gehalten werden müssen. Die Zahl der Verhandlungen, ihre Ordnung richtet sich also nach den verschiedenen Prozeßarten.

Es ist auch aus dem vorhergehenden (§. VIII. und IX.) klar, daß jener, der seine Vertheidigung einbringen konnte, dem hiezu der gesetzliche Weg geöffnet war, und der seine Vertheidigung dennoch nicht einbrachte (contumax), im rechtlichen Sinne für vertheidigt gehalten werden muß; soweit er nun für vertheidigt anzusehen ist, finden auch Urtheile mit Rechtskraft gegen ihn statt, wie wir besonders im Mandatsprozesse an den paritoriis in contumaciam sehen.

XXVI.

X. Was ich bisher anführte, ist in Anwendung auf den Fall wenigern Einwürfen ausgesetzt, wenn von den Wirkungen eines auf einseitige Vorstellungen ergangenen Dekrets gegen denjenigen die Rede ist, welcher seine Rechte bey diesem Richter noch nicht vertheidigte. Aber wenn von den Wirkungen eines solchen Dekrets gegen jenen gefragt wird, der um eine Verfügung des Richters gebeten hat, und dem sie in einem Dekret abgeschlagen wurde, da treten schon größere Bedenklichkeiten ein. Der Praktiker wird mir diesen Satz vorhalten, daß Dekrete, worin Appellationsprozesse abgeschlagen werden,

in Rechtskraft übergehen, und wer mehr an Grundsätzen hängt, wird mir sagen, daß der Impetrant seine Rechte wirklich vertheidiget hat, daß der Richter, soweit von der gebetenen Verfügung die Rede ist, den vom Impetranten vorgestellten Fall unter das Gesetz subsumirt habe, daß also das abschlägige Dekret wenigstens in Rücksicht auf den Impetranten ein Urtheil sey.

Mit dem blosen Praktiker könnte man bald fertig werden, man dürfte ihm nur sagen, daß man fünf und sechsmal um ein Mandat, eine Citation, eine Inhibition aller vorhergegangenen abschlägigen Dekrete ungeachtet bitten dürfe, daß kein Mensch hier sich eine Rechtskraft denke. Man könnte ihm Beyspiele vorhalten, wo noch öfter bey den Reichsgerichten in einer Sache nach vielen abschlägigen Dekreten um das Mandat gebeten, und dieses am Ende doch noch erkannt worden ist, und es wäre dargethan, daß abschlägige Dekrete nicht immer gegen den Implorranten in Rechtskraft übergehen. Aber weit größer sind die Schwierigkeiten, wenn man auch den Theoretiker ganz befriedigen, und die Sache auf Grundsätze bringen will, welche mit den angeführten allgemeinen Maximen übereinstimmen.

XXVII.

Rechtskraft ist nur da denkbar, wo unter den streitenden Theilen das Rechtsverhältniß in Ansehung eines Gegenstands durch Entscheidung des Richters bestimmt wird; sie setzt demnach 1) zwey streitende Theile voraus, 2) die Vertheidigung der Rechte vor beyden Theilen, 3) die Entscheidung eines Streits durch den Richter. Rechtskraft als unabänderliche Norm des Rechtsverhältnisses unter den streitenden Theilen ist also nur unter der Bedingung denkbar, daß zwey streitende Theile zur Zeit der vom Richter geschehenen Beurtheilung des Streitgegenstands vorhanden sind, deren eine aus dem für die andere nachtheiligen Urtheil ein Recht erhält; wo dies nicht ist, da ist keine Rechtskraft denkbar. Wenn nun der Richter auf einseitige Vorstellungen dem Impetranten eine abschlägige Entschließung ertheilt, so ist in Ansehung dieses einseitigen Antrags kein Rechtsstreit vorhanden, weil kein Widerspruch des Gegners, keine wechselweise Behauptung von Rechten existirt, es geht nichts unter den streitenden Theilen vor, alle Handlungen geschehen vom Imploranten auf einer, und vom Richter auf der andern Seite,

der Implorat ist im rechtlichen Sinne noch gar nicht vorhanden, er kann also auch aus dem abschlägigen Dekrete keine Rechte ableiten, und zur Rechtskraft des Dekrets mangeln alle Voraussetzungen.

Der Kläger bittet in seiner Vorstellung den vom Staate angeordneten Richter um Schutz seiner vom Staate garantirten Rechte. Der Richter erklärt, daß er ihm den begehrten Schutz nicht ertheile; hier gehet blos eine Handlung zwischen dem Impetranten und den Richter vor, welche Niemand ein Recht gibt, und den Richter gar nicht hindert, noch immer den Schutz zu ertheilen, wenn er sich nachher durch neue Vorstellungen oder neue Gründe vom Gegentheil überzeugt. In der Regel wird demnach so ein abschlägiges Dekret nicht rechtskräftig.

Es kann zwar der Richter durch diese abschlägigen Dekrete ein Unrecht begehen, und dem verlezten Theile den Anlaß zu einer Beschwerde geben; allein diese Beschwerde ist keine wahre Appellation, sie ist an kein Fatale gebunden, man kann die bey gemachten weitern Vorstellungen ergehenden Abweisungsdekrete nicht als einen In-

häsivbescheid betrachten, um etwa gegen sie eine Appellation für unzulässig zu erklären; es ist mehr eine einfache Beschwerde (simplex querela), wenn sie auch in Form einer Appellation vorgetragen und unter den Extrajudicial-appellationen a) begriffen wird.

Dekrete im eigentlichen Sinn werden daher auch gegen den Imploranten in der Regel nicht rechtskräftig.

XXVIII.

Nur Dekrete, worin der Oberrichter die gebetenen Appellationsprozesse abschlägt, und welche den Bescheid über die Erheblichkeit der Beschwerden (Relevanzbescheid) enthalten, gehen in Rechtskraft über, wenn nicht in der bestimmten Zeit ein Rechtsmittel dagegen ergriffen wird a). Diese Ausnahme von der vorgetragenen Regel

a) Von diesen werde ich im nächsten Bande eine besondere Abhandlung liefern.

a) Von dem Gebrauche des bey den höchsten Reichsgerichten üblichen Remedii ulterioris deductionis werde ich in einer besondern Ausführung reden.

erkenne ich an, aber es ist auch hier ein ganz anderes Verhältniß, als bey den übrigen Dekreten.

Bey diesen ist im rechtlichen Sinne kein Gegner da, welcher aus dem abschlägigen Dekrete ein Recht erlangen könnte (§. XXVII.), und dies ist der Grund, warum bey ihnen an eine Rechtskraft nicht zu denken ist; aber dieses Verhältniß ist bey Dekreten, worin Appellationsprozesse abgeschlagen werden, ganz anders.

Hier geht ein Urtheil voraus, welches unter beyden Partheyen Norm der Rechte ist, und in Rechtskraft übergeht, wenn diese durch ein Rechtsmittel nicht gehemmt wird. Jener also, für den das vermittelst der Appellation angefochtene Urtheil spricht, hat aus diesem schon ein bedingtes Recht auf seine Eigenschaft einer unabänderlichen Norm, wenn nämlich kein Rechtsmittel im Wege steht.

Durch die Abschlagung der Appellationsprozesse wird das bisherige Hinderniß gehoben, und sein Recht geht dadurch in ein unbedingtes über. Der Grund also, warum solche Dekrete rechtskräftig werden, liegt nicht in der Natur abschlägiger Dekrete, sondern in den Wirkungen

eines schon vorhergehenden Urtheils, welches dem Appellaten ein bedingtes, und nunmehr zum unbedingten erhobenes Recht ertheilt.

XXIX.

XI. Kein Urtheil ist ohne Vertheidigung der Rechte beyder Partheyen denkbar. Der Richter darf also diese Vertheidigung für keinen andern Zweck in der Entscheidung nehmen, als zu welchem sie von den Partheyen nach der Natur des Prozeßgegenstands und der eingetretenen Prozeßart als Mittel gebraucht wurde. Daher darf der Richter

1) jenes, was in einer schleunigen Prozeßart nicht zulässig war, nicht für allgemein, in jeder andern Prozeßart verworfen halten. Was im Mandats, oder Executivprozesse wegen Mangel an Qualification zu dieser Prozeßart verworfen wurde, kann auch ohne Vorbehalt in einer andern Prozeßart zur Behauptung seiner Rechte noch gebraucht werden.

2) Niemals darf jenes, was nur in einem Vorbereitungswege von den Partheyen vorgebracht wurde, als Verhandlung im wahren Pro-

zeßwege angesehen werden. Der Bericht ist kein Exceptionssatz und der Richter verletzt die Rechte der Partheyen, gegen deren Absicht er diese Vorbereitungshandlung zur Schrift im Hauptverfahren umschafft, und zur Replik mittheilet.

3) Aus diesem Grund darf der Richter auch die präoccupatorischen Vorstellungen nicht als Einlassung oder Haupthandlung betrachten.

XXX.

XII. Aus dem Gesichtspunkte, ob die Vertheidigung geführt war, oder nicht, ob man demnach die Wirkungen eines Urtheils durch eine weitere Vertheidigung seines Rechts in Rücksicht seines Gegners abwenden will, oder ob man ausser dieser Absicht vielmehr den Richter zu seinem Gegner macht, theilt sich die Rechtshülfe gegen alle von Seite des Richters denkbare Verletzungen in bloße Beschwerde gegen den Richter (simplex querela) und in Rechtsmittel (remedia juris) ein. Bey der ersten kann auch vom ausserordentlichen Mittel, dem Recurse an den deutschen Landesherrn, soweit er nach den Grundsätzen der ersten Abhandlung erlaubt ist, gesprochen werden; bey den letzten kann

man einen allgemeinen Begriff der Rechtskraft und der Rechtsmittel vorausschicken, und ihre Eintheilung nach ihrer Devolutiv- und Suspensivkraft anführen, und dadurch den Begriff der zweyten Instanz entwickeln, bey welchem von der Identität der vorher entschiedenen Sache ausgegangen werden muß. Nur in allgemeinen Grundzügen müßte hier von den Rechtsmitteln gehandelt und die Ausführung des in jedem Rechtsmittel üblichen Verfahrens dem gehörigen Platze unter den Prozeßarten vorbehalten werden.

XXXI.

Dies sind nur einige der wichtigsten Folgen aus dem allgemeinen Grundsatz, auf dem alle Prozeßarten des gemeinen Prozesses nach ihrem wahren Geiste ruhen. Sind sie auch nur ein Beytrag zur allgemeinen Theorie des gerichtlichen Verfahrens, abgesehen von allen Prozeßarten — und für mehr gebe ich sie nicht aus — so werden sie doch den Nutzen hervorbringen, daß man einen festen Grundsatz hat, aus welchem man viele bisher ohne Noth bestrittene Fragen lösen, und manches aus einem allgemeinen Princip ableiten kann, dessen Auflösung bisher

aus besondern Gründen vergebens gesucht wurde. Insbesondere wird dieser Beytrag den Nutzen haben, daß eine Lücke im Systeme ausgefüllt, und den Grundsätzen über die einzelnen Prozeßarten erst eine allgemeine Darstellung allgemeiner, bey allen Prozeßarten gemeingültiger Grundsätze vorangeschickt werde. Schon Grolman hat diese Lücke gefühlt, indem er in seinem schönen Werke über den gemeinen Prozeß a) von der Ordnung und der Einrichtung des Verfahrens im Allgemeinen, das ist, abgesehen von den Eigenthümlichkeiten einer bestimmten Prozeßart, vor Erörterung der einzelnen Prozeßarten gesprochen hat.

Auch Martin in seinem mit Beyfall aufgenommenen b) Werke hat auf diese Idee sein System gebaut, indem er nicht nur als Einleitung zu der Lehre von dem rechtlichen Verfahren zuerst in einem eignen Hauptstük von dem Verfahren im Allgemeinen spricht, ehe er auf die einzelnen Arten desselben übergeht, sondern

a) Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 74. u. ff.

b) Lehrbuch des teutschen gemeinen Prozesses. Göttingen 1800. 8. §. 70 — 92.

auch bey diesem Theile von der Rechtsverfolgung bey Gericht als dem Surrogat der Selbsthülfe, und von einem allgemeinen Criterion der Rechtmäsigkeit dieses Surrogats handelte, somit die Nothwendigkeit anerkannte, daß alle Prozeßarten zuerst auf die allgemeinen Grundsätze zurückgeführt, und vom gerichtlichen Verfahren als Einem Ganzen gehandelt werde, ehe man das Eigenthümliche jeder Verfahrungsart abhandelt.

Vielleicht dienen diese Ideen dazu, daß in Verbindung mit dem, was diese beyde Gelehrte darüber vorbrachten, der allgemeine Theil des gerichtlichen Verfahrens eine ganz zwekmäsige Richtung und Vollständigkeit c) erhalte.

XXXII.

Bey dieser Gelegenheit will ich noch einen Zweifel über die bisherige Ordnung in den Werken über den gemeinen Prozeß berühren. In

c) Sollte nicht in diesem allgemeinen Theile von den sogenannten prozessualischen Zwischenhandlungen, für welche man bisher keinen schicklichen Platz wußte, von der Legitimation, Intervention, Litisdenunciation, Ungehorsam der Partheyen u. d. eigentlich gehandelt werden?

allen Schriften finde ich die Lehre von den Rechtsmitteln als einen Theil des ordentlichen Prozesses behandelt, wo sie denn zwischen dem ordentlichen Prozesse und den summarischen Prozeßarten eingeschaltet wird.

Sobald man nicht in Abrede stellen kann, daß auch in Sachen des summarischen Verfahrens Rechtsmittel statt finden, sobald ist die Unrichtigkeit dieser Darstellungsart offenbar; indem etwas als Eigenthümlichkeit des ordentlichen Prozesses aufgestellt ist, was allen Prozeßarten, wenn auch mit Modificationen, gemeinsam zukömmt. Ueberdies entsteht auch nebst der Unrichtigkeit des Systems der Nachtheil, daß bey den Rechtsmitteln manches unverständlich bleibt, weil die Vorbegriffe erst in den ausserordentlichen Verfahrungsarten vorkommen, oder daß man zu Wiederholungen seine Zuflucht nehmen muß, um z. B. von der Suspensivkraft der Rechtsmittel in den Sachen eines ausserordentlichen Verfahrens zu reden. Mir scheint es daher zweckmäßiger zu seyn, daß die Lehre von Rechtsmitteln vom ordentlichen Prozesse ganz getrennt, und das Ganze in zwey Theile gebracht werde. Im ersten Theile müßte vom Verfahren gehan-

delt werden, bey welchem von einer Verletzung durch den Richter, oder von Rechtshülfe gegen die Handlungen des Richters keine Rede ist; dieser Theil hätte zwey Abschnitte, worin er den ordentlichen und ausserordentlichen Prozeß, jeden mit seinen Unterabtheilungen behandelte. Im zweyten Theile würde von der Rechtshülfe gegen Beschwerden des Richters in Rechtsstreitigkeiten gesprochen; auch dieser hat zwey Abschnitte; erstens Rechtshülfe gegen Verletzungen des Richters, abgesehen von der Vertheidigung des Rechts einer Parthey gegen die ihrem Gegner günstigen Urtheile — simple Beschwerden gegen den Richter, z. B. wegen verzögerter oder versagter Gerechtigkeit, Extrajudicialappellation, und zweytens von den eigentlichen Rechtsmitteln gegen Urtheile des Richters; jeder dieser beyden Abschnitte müßte in seine Unterabtheilungen zerlegt werden *a*).

a) Ich kann darum auch nicht ganz in das System einstimmen, welches Eggers im Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Prozeß- und Gerichts-Ordnung (Band I. Zürch 1799. 8.) aufgestellt hat.

VII.

Der peinliche Prozeß macht keinen Theil des gemeinen Prozesses, und muß von diesem Rechtstheil ganz getrennt werden.

Zu Danz §. 56.

I.

Zwey neue, in einem Jahre erschienene, Lehrbücher über den gemeinen Prozeß *a*) haben sich auf den bürgerlichen Prozeß eingeschränkt, und den peinlichen Prozeß dem Criminalrecht ganz überlassen, welchen wir in Claproth, Danz und Likefett unter den summarischen Prozessen finden.

Jeder wird aus eigner Erfahrung bezeugen können, daß die Vorlesungen über den gemeinen Prozeß sich bisher auf den bürgerlichen Prozeß eingeschränkt haben, und daß der Lehrer, wenn er in der Ordnung seines Lehrbuchs an den

a) Grolman und Martin, deren Schriften schon bisher genannt wurden.

peinlichen Prozeß kam, denselben überschlagen, und in das peinliche Recht verwiesen hat. Schon der Mangel an Zeit rechtfertigt diese Lehrmethode, da es schlechterdings unmöglich ist, den gemeinen Prozeß mit Einbegriff des peinlichen Prozesses in einem halben Jahre zu vollenden, wenn man als ein gewissenhafter Lehrer seine Zuhörer nicht mit Fragmenten und Marginalien abspeisen will, und sie wurde noch mehr gerechtfertigt, dadurch, daß in den Vorlesungen über das peinliche Recht der peinliche Prozeß ausführlich erörtert wurde.

Daß demnach in einem Lehrbuche, welches den Leitfaden zu dem enthalten soll, was wirklich gelehrt wird, von dem peinlichen Prozesse nichts gesagt werde, ist durch die bisherige Lehrmethode schon gerechtfertiget.

Aber es wäre immer noch möglich, daß der peinliche Prozeß in dem Gebiethe des gemeinen Prozesses läge, und dadurch wenigstens zu einem Anspruch auf eine Stelle in einem Handbuche des gemeinen Prozesses berechtiget wäre; allein ich glaube auch den Beweis liefern zu können, daß er gar nicht zum gemeinen Prozesse

gehört, sondern dem peinlichen Rechte ausschliessend überlassen werden muß.

II.

Nicht genug, daß man bisher mit den Werken über den gemeinen Prozeß manche Ausführung über den peinlichen Prozeß kaufen mußte, die ohne Schaden der Wissenschaft entbehrlich war, daß Lehr- und Handbücher ohne Nutzen weitläufig und theuer wurden, nicht genug, daß mancher wegen der Ordnung der Paragraphen in die Sphäre des Criminalrechts eintrat, in welcher er ganz fremd war: auch der peinliche Prozeß wurde ganz entstellt, da man ihn unter den summarischen Prozeßarten behandelte. Man ist es durch alle summarische Prozeßarten gewöhnt, dem Richter und Partheyen größere Freyheiten und mehr Abweichungen von den Förmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens zuzugestehen; und wie leicht kam mancher Criminalrichter auf die Idee, auch in Criminalfällen sich einen größeren Spielraum seiner Thätigkeit zuzueignen. Criminalfälle sind bey weitem an Wichtigkeit über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten erhaben, und müssen mit der größten Pünktlichkeit zur Subsumtion des Falls un-

ter das Gesetz eingeleitet werden. Der Criminalprozeß ist demnach eine ganz eigene Gattung von Verfahren, welche in keine Classe der in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten üblichen Verfahrungsarten gebracht werden kann.

III.

Die Zweige der Staatsgewalt dürfen niemals mit einander verwechselt werden, bürgerliche und peinliche Gesetzgebung, bürgerlich richterliche (judiciaria) und Criminalgewalt liegen himmelweit auseinander; jede handelt aus besondern Ansichten, jede hat einen eigenen Zweck, jede ihre besondern Mittel.

Diese Mittel können vom Zwecke nicht getrennt werden, weil ihre Rechtmäßigkeit mit diesem in engster Verbindung steht, ihre Güte, ihr Gebrauch ohne denselben nicht beurtheilt werden kann. Das bürgerliche Recht darf also in das peinliche Recht nicht übergreifen, und sogut wir das peinliche Recht als einen besondern, vom bürgerlichen Rechte getrennten Theil der Rechtswissenschaft behandeln, eben sogut muß auch die in den Fällen eintretende Verfahrungsart ihrem eigenen Rechtstheile ausschließend überlassen wer-

den. Das peinliche Recht behandelt also den peinlichen — das bürgerliche, den bürgerlichen Prozeß, und das peinliche Verfahren ist kein Theil des gemeinen Prozesses.

IV.

Auch in dem Grundbegriffe ist das peinliche Verfahren vom bürgerlichen Prozesse so verschieden, wie der Zweck. Wo im bürgerlichen Prozesse das Recht des einzelnen Privatmanns betrachtet wird, ruhet der Criminalprozeß auf dem allgemeinen Wohl. — Im bürgerlichen Prozesse ist die Thätigkeit des Richters bedingt durch die Erklärung des Fodernden, daß er etwas als Sein betrachte, und darum gibt es in Civilstreitigkeiten kein Verfahren von Amtswegen *); in peinlichen Fällen hingegen muß der Richter die Untersuchung von Amtswegen anfangen, auch wenn kein Kläger auftritt [b]). — In bürgerlichen Fällen ist ein großer Spielraum für die Willkühr der Partheyen im Gebrauche der Rechts-

a) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 78.

b) Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 173.

mittel; ein verdächtiger Zeug muß vom Richter als classisch behandelt werden, wenn die Partheyen keine Einrede gegen ihn vorbringen. Im peinlichen Verfahren ist dieser Spielraum sehr begränzt.

Peinlicher und bürgerlicher Prozeß sind also in Zweck und Mitteln so verschieden, daß beyde nicht in ein Ganzes vereinigt werden können, der peinliche Prozeß ist demnach kein Theil des gemeinen deutschen Prozesses, und ich finde die Verschiedenheit so groß, daß ich sogar den Beysatz: **bürgerlicher Prozeß**, zu dem Worte **gemeiner Prozeß** für überflüssig halte.

VIII.

Berichtigung der bisher theils unrichtigen, theils schwankenden Sätze von Prozeßhindern, den Einreden, in einer vollständigen Erörterung dieses wichtigen Gegenstands.

Zu Danz §. 188.

I.

Der ordentliche Prozeß ist auf die vollständigste Ausführung eines unter zwey Partheyen streitigen Rechts berechnet, und an so viele Formalitäten gebunden, daß ein langer Zeitraum erfodert wird, um in dieser Verfahrungsart einen Rechtsstreit zu endigen.

Wenn schon jeder Prozeß, als Streit, seine Unannehmlichkeiten mit sich führt, so muß dies bey einem weitläufigen Verfahren doppelt fühlbar seyn, dessen lange Dauer auch den Zustand der Ungewißheit über den Ausgang und das mit manchem Prozesse verbundene Aufsehen verlän-

gert, immer aber auch den kaltblütigsten Mann in die Verlegenheit setzt, die mit dem weitläufigen ordentlichen Prozesse verbundene Kosten vorzuschießen.

Nicht das Staatsbeste allein, welches durch eine zweckmäßige Abschneidung immer befördert wird, sondern selbst das strenge Recht scheint mir dafür zu sprechen, daß jener, wider welchen ein Anspruch im Wege des weitläufigen ordentlichen Prozesses angebracht wurde, die Entscheidung der Sache in einer schleunigen Verfahrungsart fodern könne, wenn er den vollen Ungrund der Klage auf der Stelle (probatio incontinenti liquida) beweisen kann, und zu beweisen bereit ist. Rechtsmittel führt der Staat ein zur Sicherung der Rechte, aber er muß es auch möglich machen, daß da, wo sie zu Chikanen und Neckereyen mißbraucht werden wollen, dem Staatsbürger es nicht an Mitteln fehle, ihnen sobald, als es möglich ist, zu entgehen.

II.

Diese aus dem allgemeinen Staatsrecht unverkennbare Wahrheit allein würde den Praktikern nicht hinreichend gewesen seyn, diesen Satz

in einen so positiven Gegenstand, wie der Prozeß ist, zu übertragen; aber zum Glücke kam ihnen eine Stelle des kanonischen Rechts zu Hülfe *a*), wo der Pabst die Verordnung macht, daß keine zerstöhrliche Einrede den Beklagten von der Einlassung auf die Klage befreyen sollte, nisi de re judicata, transacta seu finita.

Nunmehr legten sie diesen zerstöhrlichen Einreden die Wirkung bey, daß der Beklagte, dem sie zur Seite stehen, in den Streit sich einzulassen, gar nicht schuldig sey, und darum gab man ihnen den Namen, prozeßhindernde Einreden (exceptiones litis ingressum impedientes) *b*).

Gut und passend war dieser Namen nicht, und den rechten Gesichtspunkt hatte man auch nicht gefaßt, wenn man ihn auf eine Befreyung von der Einlassung auf die Klage hinführte. Denn wo der Beklagte Einreden vorschützt, da muß doch unter den Partheyen irgend ein Prozeß vorhanden seyn — wie konnte man

a) Cap. I. De Lit. Contest. in 6.

b) *Müller* Diss. de exceptionibus litis ingressum impedientibus. Coburg 1777.

vom Prozeßhindern sprechen, wie alle Einlassung auf die Klage, d. h. alle Prüfung des Klagerechts für nicht existirend erklären? Allein, es würkte noch vieles bey, das Uebel zu vergrößern.

III.

In den Zeiten, wo man alle Rechtsgrundsätze aus Gesetzen ableiten wollte, war es ein großes Unglück, daß über diesen wichtigen Gegenstand die positiven Rechtsquellen nichts als diese einzige karge Verordnung enthalten, welche den Begriff der Einreden, den Grund der Verordnung, die Art und Zeit des Beweises, das Verfahren, kurz, alles unbestimmt belassen hat. Die Idee ist flüchtig hingeworfen, der Pabst überdachte vielleicht selbst nicht, was für einen wichtigen Grundsatz er hier aufstellte, die Praktiker fiengen sie auf, und die Nachkommen müssen erst durch litterarische Gefechte den Weg zur Wahrheit finden. Was das Uebel vergrößert, ist das Stillschweigen des jüngsten Reichsabschieds über diesen Gegenstand; man scheint diese Einreden damals gar nicht gekannt zu haben, denn sonst wäre dieser wichtige Punkt gewiß nicht ohne gesetzliche Bestimmung gelassen worden.

IV.

Nur drey Einreden hatte der Pabst so stark begünstiget, daß sie den Eingang eines Rechtsstreits hemmen, res judicata, transacta seu finita; da stand man schon an der ersten Frage, ob nur diese Einreden auf den angegebenen Vorzug Anspruch machen können? Wo ein rechtskräftiges Urtheil, ein Vergleich, ein Verzicht, ein in Gerichten zugeschobener und abgeschworner Eyd der Klage entgegengesetzt werden konnte, da waren die Praktiker bald einig; aber angesehene Gelehrte wollten auf diese vier Einreden den gesetzlichen Vorzug durchaus einschränken.

Zum Glücke war dem Pabste bey dieser Stelle das Wörtchen „seu finita“ in die Feder geflossen, auf dieses stützte man sich, um die Foderungen der gesunden Vernunft mit dem Buchstaben des Gesetzes zu vereinbaren, und der allgemeine Gerichtsgebrauch machte diesem Streit ein Ende. Alle zerstöhrliche Schutzreden, wenn sie den Klaggrund nicht nur zum Theil, sondern gänzlich aufheben, erhielten mit den vom Pabst benannten Einreden gleiche Kraft.

Der Grund des Gesetzes kann nur der seyn, unnütze Arbeiten und vergebliche Weitläufigkeiten

zu vermeiden, und den Beklagten von den Unannehmlichkeiten eines Prozesses zu befreyen, wenn er das Unrecht des Klägers offenbar darlegen kann; eben dieser Grund umfaßt alle zerstöhrliche Einreden, man muß also auch allen gleiche Würkung beylegen *a*). Warum soll die Einrede der Compensation, der Zahlung u. d. nicht ebensoviel würken, als die Einrede der durch Vergleich oder Urtheil geendigten Sache? — So argumentirte man, um die Frage aus dem kanonischen Rechte zu entscheiden.

V.

So leicht es war, diese Frage zu entscheiden, da die Gründe zu einer ausdehnenden Erklärung des Gesetzes aus der Natur der Sache und den Worten des Gesetzes selbst ganz nahe lagen, so große Schwierigkeiten stellten sich in den Weg, wenn man die andern Streitpunkte aus dem kanonischen Rechte entscheiden wollte.

Müssen die Einreden sogleich liquid seyn? — eine sehr wichtige Frage, zu deren Entscheidung das Gesetz auch nicht den entferntesten Grund in sich enthält.

a) Grolman Theorie des ger. Verf. §. 173.

Schaumburg [b]) unterscheidet zwischen jenen Einreden, welche das kanonische Recht ausdrücklich nennt, und zwischen jenen, welche aus dem allgemeinen Grund des Gesetzes als prozeßhindernde Einreden gebraucht werden sollen. Bey den letzten fodert er nach den Gründen, welche in der Natur der Sache liegen, daß sie alsogleich liquid seyen, bey den ersten aber hängt er sich an den Buchstaben des Gesetzes, welcher diesen Einreden die Würkung einer Befreyung von der Litiscontestation beylegt, ohne ihren schleunigen Beweis zu fodern.

Der Gerichtsgebrauch und die einhellige Stimme der neuern Rechtslehrer steht Schaumburgs Meynung entgegen — obgleich, wie ich nachher beweisen werde, der Gerichtsgebrauch gerade in dieser wichtigen Sache voll Inconsequenzen ist — und die Rechtslehrer haben freylich die gegentheilige Meynung angenommen, aber Schaumburgs Gründe noch nicht widerlegt.

VI.

Und in Wahrheit sind sie auch unumstößlich, wenn das kanonische Recht die Quelle ist, wor-

b) Princip. praxeos jurid. Tom. I. p. 144.

aus wir die Frage lösen müssen. Die Worte unsers Gesetzes sind: „Exceptionis peremto„riae, seu defensionis cuiuslibet principalis, „cognitionem negotii contingentis, ante li„tem contestatam objectus, nisi de re judi„cata, transacta, seu finita excipiat litiga„tor, litis contestationem non impediat, nec „retardet: licet dicat obiector, quod rescrip„tum non fuisset obtentum, si, quae sunt „impetranti opposita, fuissent exposita dele„ganti.“ Der Pabst spricht lediglich von der Exception, keine Sylbe deutet auf einen schleunigen Beweis derselben, womit will man also Schaumburgs Meynung widerlegen, wenn das kanonische Recht die Quelle der Entscheidung ist?

Doch könnte noch geholfen werden, wenn man das kanonische Recht gar nicht als eine Quelle der prozeßhindernden Einreden ansähe, wenn man geradezu behauptete, daß diese Stelle des kanonischen Rechts im deutschen gemeinen Prozeß gar kein Ansehen habe. Das Mittel ist freylich ein wenig gewaltsam, das fühle ich, aber wie? wenn der Satz doch keine Hypothese wäre? wenn man aus Reichsgesetzen beweisen könnte,

daß diese Stelle nie in Deutschland gültig war? — Annehmen müßte man ihn dann freylich, falle auch ein Resultat heraus, wie es wolle — und ich bin würklich überzeugt, daß sich der Beweis dafür herstellen lasse; doch kann ich meinen Lesern im voraus ein günstigeres, reineres Resultat versprechen, als uns die unbestimmte und schwankende Stelle des kanonischen Rechts bisher gewährt hat.

VII.

Die Geschichte des gemeinen Prozesses hat eigentlich zwey Perioden: von Errichtung des Kammergerichts bis zum jüngsten Reichsabschied, und von diesem bis auf unsere Zeiten; denn in den traurigen Zeiten des Faustrechts, wo alle Gerichte verfallen waren, eine Periode für den gemeinen Prozeß in Deutschland anzunehmen, kann ich mich nicht entschließen.

In der ersten Periode war das artikulirte Verfahren die herrschende Prozeßart, wie ich oben a) gezeigt habe, und in dieser herrscht über

a) III. Abhandlung.

prozeßhindernde Einreden ein tiefes Stillschweigen in den Reichsgesetzen. Wenn man die ganze Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555. durchgehet, so findet man in ihr von prozeßhindernden Einreden keine Spur, so sorgfältig auch alle Handlungen bestimmt waren, welche in jedem der zwölf Termine vorgehen sollten: unter der großen Zahl von Namen, womit die verschiedenen Artikel bey diesem artikulirten Verfahren belegt waren, ist nicht einer, welcher auf prozeßhindernde Einreden hinweißt; alle zerstöhrliche Einreden ohne Ausnahme setzten die Einlassung auf die Klage voraus. In der ersten Periode hatte also die fragliche Stelle des kanonischen Rechts kein gesetzliches Ansehen.

VIII.

Sie erlangte es auch bey dem jüngsten Reichsabschiede, der die zweyte Periode eröffnet, keineswegs. Alle Verordnungen dieses Reichsgesetzes in Beziehung auf den Beklagten gehen auf Grundsätze hinaus, welche das Ansehen dieser Stelle des kanonischen Rechts offenbar entkräften.

Der Beklagte muß im ersten Termine 1) alle seine verzögerliche Schutzreden, bey Verlust derselben auf einmal vorbringen *a*), 2) er muß mit den verzögerlichen Schutzreden eine eventuelle Kriegsbefestigung verbinden *b*), 3) dabey auch alle seine peremtorische Einreden auf einmal, bey Strafe der Präclusion vortragen. 4) Von dieser Verordnung sind nur die forideclinatorischen Einreden ausgenommen, welche besonders, ausser aller Verbindung mit den übrigen Einreden vorgebracht werden können. Sehr energisch trägt das Reichsgesetz diese Ausnahme, welche es von seiner Regel macht, daß alle Einreden auf einmal vorgebracht und mit der Kriegsbefestigung verbunden werden sollen, in den Worten vor: es soll „über die Declinatorien, wann sie einkommen, vorderst gesprochen, und der Beklagte in solchem „Fall vor Erörterung des puncti competentiae fori, sich in der Hauptsache einzulassen, „nicht verbunden werden“ *c*).

a) J. R. A. §. 37. und 38.

b) J. R. A. §. 37. und 40.

c) J. R. A. §. 40.

Es fällt in die Augen, daß keiner peremtorischen Einrede die Würkung einer Befreyung von der Kriegsbefestigung oder vielmehr einer Versetzung der Sache aus dem ordentlichen Verfahren in eine schleunige Prozeßart ertheilt wird, das Gesetz behandelt alle nach gleichem Maasstab, und hat dadurch nicht sowohl das kanonische Recht abgeändert, weil diese Stelle noch nicht gültig war (§. VII.), als vielmehr sein künftiges gesetzliches Ansehen bey der neu eröffneten Periode gehindert; diese energisch nur auf Gerichtsstand ablehnende Schutzreden eingeschränkte Ausnahme bestärkt demnach offenbar die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen.

IX.

Es ist also keine Hypothese, es ist bewiesene, durch Reichsgesetze erprobte Wahrheit, daß die Stelle des kanonischen Rechts, woraus man bisher die prozeßhindernde Einreden ableiten wollte, kein gesetzliches Ansehen in Deutschland hat. Der Verlust ist aber auch bey weitem so groß nicht, als mancher bey dem ersten Anblick wähnen mag; nicht nur allein ließ das kanonische Recht über die Einreden, welche es begünstige, und über ihren Beweis große Zweifel übrig, sondern es

bestimmte auch über den Prozeßgang bey vorgeschützten prozeßhindernden Einreden gar nichts, und gerade ist dies einer der wichtigsten Punkte, worüber sogar die besseren Werke über den gemeinen Prozeß so unbestimmt sind, als das Gesetz, welches sie als ihre Quelle ansahen.

Das kanonische Recht hatte auch noch die schlimme Würkung, daß beynahe der ganze Gesichtspunkt, woraus man die Sache eigentlich betrachten muß, durch die Worte: litis contestationem non impediat (§. VI.) verschoben wurde, und daß daraus die Praktiker die Würkung dieser Einreden auf eine Verhinderung der Kriegsbefestigung einschränkten, und ihnen den Namen prozeßhindernde Einreden gaben.

Wie leicht konnte dies auf eine Verwechslung dieser Einreden mit den dilatorischen führen, und wie unrichtig ist nicht schon der Namen prozeßhindernde Einreden? — als wenn ein schleuniges Verfahren kein Prozeß — oder ein Richter berechtigt wäre, einem sein Klagrecht wegen dem Vorbringen des Beklagten abzusprechen, ohne ihn darüber zu hören?

Kein Wunder also, wenn man von einer Sache, deren Benennung unrichtig angegeben und deren Würkung in ein falsches Licht gestellt war, keine richtige Vorstellung, keine festen Grundsätze hatte.

Verlasse man also immer diese trübe Quelle, und verfolge man die Bahn reiner Grundsätze, unbekümmert, ob das Ziel, wohin sie führt, mit dem bisherigen, schwankenden Gerichtsgebrauche ganz übereinstimmt.

X.

Nach der Disposition des jüngsten Reichsabschieds müssen, wie ich oben (§. VIII.) bemerkt habe, alle peremtorische Einreden auf einmal und zwar mit der Kriegsbefestigung verbunden, vorgetragen werden. Der Kläger hat der Regel nach die Wahl der Prozeßart, und dem Beklagten kömmt kein Recht zu, durch eine zerstöhrliche Einrede eine Sache vom ordentlichen Prozesse in eine schleunige Verfahrungsart zu versetzen, wenn die Sache an sich zum ordentlichen Prozesse geeigenschaftet ist. Der Reichsabschied verordnet dieses von allen zerstöhrlichen Einreden, ohne irgend einer Ausnahme

Platz zu geben, er ist ein allgemeines, alle Unterarten umfassendes Gesetz, und es würde eine Verläugnung richtiger Begriffe von einem allgemeinen und besondern Gesetze seyn, wenn man den jüngsten Reichsabschied als ein allgemeines, — die Verordnung des kanonischen Rechts aber als ein besonderes Gesetz betrachten wollte, um den Satz zu erzwingen, daß diese letzte Verordnung durch die allgemeine Bestimmung des jüngsten Reichsabschieds nicht aufgehoben sey *).

Zerstöhrliche Einreden geben demnach dem Beklagten in der Regel kein Recht, die Sache aus dem ordentlichen Verfahren in eine schleunige Prozeßart zu schieben; will man ihm also dieses Vorrecht einräumen, so muß es durch besondere rechtliche Gründe, wie jede Ausnahme, deducirt werden. Der Grund der Ausnahme könnte nur entweder aus den Eigenschaften einer besondern Classe von Einreden, oder aus der Art des Vortrags entnommen werden.

XI.

In den besondern Eigenschaften einer besondern Classe zerstöhrlicher Einreden kann der

*) Meine juriſt. Abhandlungen Th. I. Seite 116.

Grund zu einer Ausnahme schlechterdings nicht liegen. Daß der Kläger keinen rechtsgültigen Anspruch habe, daß ihm das eingeklagte Recht nicht zustehe, dies ist Zweck aller zerstöhrlichen Einreden, alle sind hiezu Mittel mit gleicher Würkung. Ob der Kläger aus einer Bürgschaft gegen eine Weibsperson kein Klagerecht wegen der Einrede aus dem vellejanischen Rathsschlusse, oder aus einem Verzichte auf die Bürgschaft, oder aus einem dagegen vorhandenen, rechtskräftigen Urtheil hat, dies ist im Zweck und Würkungen jeder dieser Einreden immer einerley; alle zerstöhrliche Einreden haben gleichen Zweck, sie sind gleiche Mittel, keine kann vor der andern aus dem Vorwand einer besondern Eigenschaft besondere Vorrechte, als Ausnahme von der gesetzlichen Regel behaupten; sie zerstören alle den Klagegrund, sie würken also auf gleiche Weise; da nun bey der Begründung prozeßhindernder Einreden nur die Uebertragung des Streits vom ordentlichen in das summarische Verfahren in der Frage steht, und dieser Gegenstand die Art der Erledigung betrifft, so kann nicht die Qualität der Einrede, sondern nur die Art, wie man sich derselben

bedient, für einen rechtlichen Vorzug entscheiden. Es muß also zu den zerstöhrlichen Einreden ein äusserer Grund durch die Art, wie man sie braucht, hinzutreten, woraus dieses Vorzugsrecht nach gültigen Maximen abgeleitet werden kann.

XII.

Will der Beklagte mit den Einreden solche Beweise verbinden, wodurch der Ungrund der Klage schleunig (in continenti) bewiesen werden kann, so tritt ein äusserer Grund zu einem Vorzuge solcher Einreden durch die Art des Vortrags hinzu. Selbst die Billigkeit spricht dafür, daß der Beklagte, der die Rechtlosigkeit der Klage schleunig beweisen will, zu einem schleunigen Verfahren zugelassen, und mit dem weitläufigen Verfahren, d. i. mit dem ordentlichen Prozesse, verschont werde. Aber die Billigkeit ist kein Erkenntnißgrund für das Recht, ist es da am wenigsten, wo die Gesetze das Gegentheil als Regel aufstellen, und diesen Fall nicht ausnehmen.

Man muß also den Beweis aus den bestehenden Gesetzen für den Satz im allgemeinen

aufsuchen, daß jener einen Anspruch auf ein schleuniges Verfahren habe, der sein Recht mit schleunigen Beweisen darthun kann.

Unter allen bekannten Prozeßarten hat vorzüglich der Executivprozeß die nächste Verwandtschaft mit diesem Gegenstand, weil in ihm der Kläger durch die liquiden Beweise seines Anspruchs ein Recht zu einer schleunigen Verfahrungsart erhält. Ich muß in den Geist desselben tiefer eindringen, um daraus ein reines Resultat zu ziehen.

Das Recht des Klägers auf den Executivprozeß ist bedingt, nicht sowohl in Ansehung der Klage, die er anstellt, sondern in Ansehung der Art, wie er sein Klagerecht sogleich zu beweisen bereit ist; sobald er aber sein Klagerecht durch liquide Beweise darthun kann, ist auch sein Anspruch auf den Executivprozeß begründet; das Recht zur schleunigen Verfahrungsart ruhet also von Seite des Klägers auf den liquiden Beweisen, womit er seine Klage unterstützt.

Da nun die Gesetze den Satz, die Rechte beyder streitender Theile sind gleich,

zur Basis des gerichtlichen Verfahrens annehmen mußten, und annehmen, da sie in so vielen Fällen aus dieser Regel Folgen ableiten a), so muß sie auch dann ihre Würkungen äussern, wenn der Beklagte den Ungrund der Klage durch liquide Beweise darlegen will.

Liquide Beweise begründen ein schleuniges Verfahren, dieser Satz liegt daher im Geist der Gesetze, er ist eine allgemeine Maxime im gerichtlichen Verfahren, und weil gleiche Ursachen gleiche Würkungen hervorbringen, so müssen auch die liquiden Beweise des Beklagten nicht weniger, als die liquiden Beweise des Klägers den Anspruch auf ein schleuniges Verfahren begründen.

Es ist also nicht mehr ein auf Billigkeit gebauter, sondern ein aus gemeingültigen Rechtswahrheiten abgeleiteter und im ganzen Zusammenhang der positiven Grundsätze des gemeinen Prozesses liegender Satz, daß Einreden, wenn man sie sogleich liquid machen kann und will, durch die Art des Vortrags einen äusserlich be-

a) Z. B. welche Beweismittel der Beklagte im Mandats- und Executivprozesse brauchen könne.

gründeten Vorzug erhalten, und zu dem Anspruche auf ein schleuniges Verfahren berechtigen.

Bey einer schon in allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschiedenen Sache ist die Aufsuchung eines besondern Gesetzes, um daraus ihre Rechtmäßigkeit darzuthun, eine vergebliche Arbeit.

Prozeßhindernde Einreden sind nichts als das schleunige Verfahren bey liquiden Beweisen, wie es durch die Lage des Beklagten in Anwendung gebracht werder kann; sie sind, wenn ich mich so ausdrücken darf, der umgewandte Executivprozeß (inversus processus executivus).

XIII.

Auch ohne die Stelle des kanonischen Rechts wird also auf eine ganz unumstößliche Art der Vorzug prozeßhindernder Einreden begründet, und der Gerichtsgebrauch, der ihre Brauchbarkeit ausser allem Zweifel setzt, ruhet auf reinen Grundsätzen. Wir haben aber auch in ihnen einen untrüglichen Leitfaden, um die ganze Bahn des dabey statt findenden Verfahrens genau

und consequent vorzuzeichnen, eine so wichtige und in der täglichen Praxis so frequente Sache auf feste Grundsätze zu bringen, woran es bisher beynahe ganz fehlte, und alle Controversen auszumerzen, wodurch sie verunstaltet war.

Um nun diesen Gegenstand in ein ganzes System zu bringen, will ich I. allgemeine Reflexionen über den Geist der prozeßhindernden Einreden vorausschicken, hierauf II. die Qualität der Einreden überhaupt betrachten, welche als prozeßhindernd gebraucht werden können, und III. die Nothwendigkeit ihres schleunigen Beweises nebst den Beweismitteln erörtern, sodann IV. das Verfahren bey diesen Einreden darstellen, wobey A) ihre Vorschützung, B) die Verfügung des Richters auf diese Schrift, C) das hierdurch veranlaßte weitere Verfahren, D) der Ungehorsam der Partheyen, E) das Urtheil, F) der Gebrauch der Rechtsmittel gegen dasselbe zu betrachten ist.

XIV.

I. Stellt man allgemeine Betrachtungen über die Natur der prozeßhindernden Einreden nach dieser Entwickelung ihres Rechtsgrundes an,

so muß man sich über den reichen Gewinn von unerkannten Wahrheiten freuen.

1) Der ganze Ungrund der Klage soll voll, ständig und schleunig dargelegt werden. Beyde Zwecke sind in ihnen vereint, und ein jeder von ihnen wird bedingt durch den andern. Schleunige Verfahrungsart tritt dabey ein, und insoweit nimmt das Verfahren die Natur des Executivprozesses an — aber verbunden mit vollständiger Prüfung, und in soweit kehrt das Verfahren zum ordentlichen Prozesse zurück.

2) Der ganze Klagegrund soll zerstört werden. Klage und Einreden machen immer einen Streit unter zwey Partheyen; durch schleunigen Beweis zerstört, dies fodert einen, wenn auch schleunigen Prozeß. Der Kläger macht einen Anspruch, der Beklagte will ihn entkräften; es sind also bestrittene Ansprüche vorhanden, beyde legen ihre Gründe dem Richter zur Entscheidung vor — Rechtsstreit — der Richter erkennt über die Rechtlichkeit, er entscheidet den Rechtsstreit. Es sind also alle wesentliche Stücke eines Prozesses *) vorhan-

*) Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 74. und 75. wo eine vortreffliche Entwickelung der Begriffe von den Wesenheiten des gerichtlichen

den. Ganz falsch ist demnach die bisher gewöhnliche Darstellung, als ob diese Einreden die Entstehung des Prozesses hinderten (litis ingressum impediens) oder den Beklagten von der Einlassung auf die Klage befreyten, wodurch man verleitet wird, gar keinen Beklagten anzunehmen und sich allen Prozeß hinwegzudenken. Auch bey diesen Einreden ist ein Rechtsstreit und ein Beklagter vorhanden, der den Anspruch bestreitet, der also eben darum auf die Klage seine Rechtfertigung vorbringt. Nur will er durch seine Einreden den Rechtsstreit aus den Weitläufigkeiten des ordentlichen Prozesses in ein schleuniges Verfahren übertragen.

3) Jeder der beyden streitenden Theile hat auf die einmal von beyden Theilen angenommene Prozeßart ein volles Recht. Der Beklagte kann also seine Einreden als prozeßhindernd nicht mehr vortragen, wenn er einmal in den ordentlichen Prozeß durch die That eingewilligt hat. Auch dem Kläger steht nach angestellter und vom Beklagten beantworteter Klage im ordentlichen Pro-

Verfahrens, und ihrer Eintheilung in absolut und bedingt wesentliche Stücke der Verhandlung geliefert wird.

zesse der Rücktritt zum Executivprozeß nicht mehr offen [b]).

4) Der Beklagte muß den Ungrund der Klage selbst schleunig beweisen; sein Vorbringen muß also das Klagerecht selbst betreffen, so, daß vor keinem Richter, unter keiner Form, nach keiner Zeit, nach keiner Rangordnung, unter keiner Bedingung der Kläger mit einem rechtlichen Anspruch auftreten könnte. Nur zerstöhrliche Einreden also können gebraucht werden, jede andere Einrede, wenn sie auch dies Klagschreiben, wie, wann und wo es angebracht wurde, alsogleich verwerflich macht, gehört in die Klasse prozeßhindernder Einreden nicht.

5) Unter allen zerstöhrlichen Einreden ist zum Gebrauche als prozeßhindernd kein Unterschied. Der Vorzug dieser Einreden ist bedingt durch die Art, wie ich sie mit schleunigen Beweisen verbunden vortrage, nicht durch die Species der Einreden, welche ich vorschütze.

6) Gänzliche Entscheidung ist ihr Zweck auch bey dem schleunigen Verfahren, nichts

b) Meine Erörter. S. 32.

darf ungewiß, nichts einer besondern Ausführung in einem neuen Rechtsstreit über denselben Gegenstand vorbehalten bleiben; eine Folge dieses aus dem ordentlichen und schleunigen zusammengesetzten Verfahrens (oben 1.) welches gar kein Merkmal einer provisorischen Bestimmung an sich trägt.

XV.

II. Die Absicht des Beklagten bestimmt genau, welche Einreden zu der Würde prozeßhindernder erhoben werden können. Der Beklagte will den Anspruch selbst zernichten, durch den Beweis, daß dem Kläger das Recht, welches er durch die Klage verfolgte, nicht zustehe. Das Klagerecht selbst ist demnach bey prozeßhindernden Einreden der Gegenstand des Rechtsstreits. Kann auch der Beklagte auf der Stelle beweisen, daß er vor dem incompetenten Richter verklagt, daß eine unrechte Prozeßart gewählt worden, daß die Klagschrift mangelhaft, daß die Zeit oder Bedingung des Anspruchs noch nicht eingetreten sey, daß aus dem erzählten Factum die Klage, wie sie angestellt worden, nicht statt finde, daß es an den wesentlichen Stücken des Prozesses mangle — so kann er diese Ein-

reden doch nicht als prozeßhindernde brauchen. Sie betreffen sämtlich nur solche zufällige Dinge, welche das eingeklagte Recht nicht wesentlich angehen, das Klagrecht noch als möglich denken lassen, und gar nicht beweisen, daß die Klage nicht unter einer andern Form, vor einem andern Gerichte, zu einer andern Zeit, von einer andern Person angestellt werden könne. Nicht die Rechtsverfolgung als Mittel, sondern das Recht selbst als Zweck muß durch die Einreden bestritten werden, wenn sie als prozeßhindernde gebraucht werden sollen. Hieraus folgt, daß

1) der Qualität nach, unter den vielen Arten von Einreden nur zerstöhrliche fähig sind, zu prozeßhindernden Einreden erhoben zu werden, weil nur sie auf Zernichtung des Klagerechts selbst abzielen. Eben dieses beweißt aber auch,

2) daß alle zerstöhrliche Einreden hierin gleiche Würkungen hervorbringen. Alle vernichten das Klagerecht, alle haben einen und denselben Zweck, gleiche Würkungen. Die Klage ist ungegründet, wenn ein rechtskräftiges Urtheil

oder ein Transact ihr im Wege steht, und sie ist es bey allen zerstörlichen Einreden nicht minder, wenn diese gegründet sind. Die besondere Gattung einiger zerstörlichen Einreden hat in dieser Rücksicht kein Vorrecht, und der Vorzug der prozeßhindernden Einreden kann nicht aus den Eigenschaften einer besondern Klasse solcher Einreden abgeleitet werden. (§ XI. u. XIV.)

XVI.

3) Sie müssen den ganzen Klagegrund zerstöhren, und man kann die Einrede, daß man einen Theil der eingeklagten Schuld bezahlt habe, nicht als prozeßhindernd entgegen setzen a); denn für den unbezahlten Theil der Schuld ist die Klage nicht entkräftet. Wollte aber der Beklagte in dem Theil der Klage, den seine Einrede nicht entkräftet, alsogleich seinen Gegner befriedigen, oder den unbezahlten Theil der Schuld bey Gericht niederlegen, im Fall der Kläger die Zahlung anzunehmen sich weigerte, so sehe ich keinen Grund, welcher die Einwendung der Einrede als einer prozeßhindernden verböthe; denn soweit, als er für einen Theil

a) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß §. 138.

der Klage den Ansprüchen seines Gegners freywillig Genügen leistet, ist kein Streit mehr vorhanden b), nur der Rest der Schuld ist noch streitig, also der einzige Gegenstand der Klage, welchen nunmehr seine Einrede ganz entkräftet.

XVII.

III. Nur der schleunige Beweis, den der Beklagte zu liefern vermag, begründet den Vorzug der prozeßhindernden Einreden, daß durch sie, mit Abschneidung aller Weitläufigkeiten des ordentlichen Verfahrens, der Streit in das schleunige Verfahren übertragen wird. (§. X — XII.) So wenig der Kläger ohne liquide Beweise Anspruch auf den Executivprozeß machen kann, eben so wenig darf der Beklagte ein schleuniges Verfahren durch prozeßhindernde Einreden fodern, wenn ihm nicht liquide Beweise zur Seite stehen. Keine zerstöhrliche Einrede kann darinn gegen die absoluten Foderungen eines jeden schleunigen Verfahrens einen Vorzug vor der andern behaupten, und Schaumburgs Unterschied (§. V. u. IV.) bedarf, um die Unrichtigkeit seiner Meynung zu beweisen, nur der Bemerkung, daß die Stelle des kanoni-

b) Danz ordentl. Prozeß §. 42.

schen Rechts, die allein seine Meynung unterstüzt, überhaupt die Quelle nicht ist, woraus die prozeßhindernden Einreden abgeleitet werden.

Alle zerstöhrliche Einreden, welche zu der Würde prozeßhindernder Einreden erhoben werden sollen, müssen sogleich bewiesen werden (exceptiones in continenti liquidae).

XVIII.

In Rüksicht auf die Eigenschaft sofort liquider Einreden, welche die proceßhindernden, um ihrem Zwecke zu entsprechen, an sich tragen müssen, finde ich so viele Eigenheiten, daß darüber eine nähere Bestimmung nothwendig wird.

Der Beklagte will durch seine liquide Einrede den Prozeß von den Weitläufigkeiten des ordentlichen Verfahrens entfernen, er verrükt also den ganzen Prozeß vom ordentlichen in ein summarisches, privilegirtes Verfahren. Dadurch wird er nicht blos, wie jeder Beklagter durch seine Einreden im Sinne des römischen Rechts a), sondern in einem weit höheren

a) Meine Erörterungen S. 55.

Grade angreifender Theil, welcher den Anspruch auf eine besondere Prozeßart geltend machen will. Seine Handlung ist nur in Beziehung auf das Klagrecht als Einrede zu betrachten, aber in Rükſicht auf das gerichtliche Verfahren ist sie Angriff, Anspruch auf eine privilegirte Verfahrungsart.

Manches kann deshalb blos als Einrede sofort liquid seyn, ohne daß es darum in der Eigenschaft als prozeßhindernde Einrede sofort liquid ist. Man rechnet unter die sofort liquiden Einreden die verneinenden, weil diese eines Beweises gar nicht bedürfen, denselben vielmehr allzeit auf den Kläger wälzen [b]), auch die Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen eine Urkunde, welche noch keine zwey Jahre alt ist, muß sogar im Executivprocesse als eine sofort liquide Einrede betrachtet werden [c]); allein wenn sie als prozeßhindernde Einreden gebraucht werden sollen, so können sie niemals als sogleich liquide Einreden betrachtet werden; denn sie wälzen den Beweis auf den Kläger, durch

b) Danz ordentl. Prozeß §. 155.

c) Meine juriſt. Abhandlungen Th. 1. S. 59—75. wo ich diesen Satz weitläufig ausgeführt habe.

sie kann also der Beklagte den Ungrund der Klage nicht alsogleich darlegen; sie zerstöhren die Klage nur bedingt, wenn der Kläger den ihm zugewälzten Beweis nicht herstellt, der Beklagte kann also sich derselben zwar im Executivprozesse bedienen, weil sie zeigen, daß der Kläger sein Recht nicht sogleich ganz liquid gemacht, also jenes nicht geleistet habe, ohne welches er kein Recht zum Executivprocesse hat; aber bey proceßhindernden Einreden liegt die Lieferung eines schleunigen Beweises dem Beklagten, und nicht dem Kläger ob, er kann also die verneinenden Einreden, welche dem Kläger den Beweis zuwälzen, in der Eigenschaft proceßhindernder Einreden nicht als sofort liquid anführen, denn solange der Richter nicht weiß, daß der Kläger den ihm zugewälzten Beweis nicht herstellen kann, ist die Klage nicht durch liquide Beweise als ungegründet dargestellt, und der Rechtsstreit zur gänzlichen Entscheidung (§. XIV. 1. 6.) noch gar nicht reif.

Der Beklagte kann demnach, wenn er verneinende Einreden vorschützt, das ordentliche Verfahren nur durch die Art, wie er sie brauchte, abwenden, d. h. nur dadurch, daß er die in ihnen

liegende Negative durch liquide Beweise, wie jede andere zerstöhrliche Einrede ausser Zweifel sezt.

XIX.

Nur dann, wenn der Beklagte den vollen Ungrund der Klage sogleich und unbedingt, unabhängig von weiterm Vorbringen des Klägers, darzuthun vermag, ist er berechtigt, auf eine Umschaffung des Verfahrens einen Anspruch zu machen — er muß seine zerstöhrliche Schutzreden sogleich beweisen. Gründet er seine Einrede auf Thatsachen, so müssen diese durch Beweismittel erwiesen werden, welche nach richtigen Grundsätzen als liquide Beweise im schleunigen Verfahren geltend sind (probationes in continenti liquidae); hier gilt nach den oben ausgeführten allgemeinen Grundsätzen vom Kläger im Executivprozesse ein Schluß auf den Beklagten in Prozeßhindernden Einreden, es können also nur Urkunden oder Augenschein [a]) als liquide Beweismittel gebraucht werden, Zeugenaussagen und Eideszuschiebung sind offenbar ausgeschlossen [b]).

a) Grolman a. a. O. §. 172.

b) Meine Erörterungen S. 72.

Hievon nehme ich selbst jene Einreden nicht aus, welche auf Thatsachen beruhen, die der Kläger gerichtlich eingestanden hat, oder welche gerichtskündig sind c). Denn so leicht es auch ist, diese Einreden liquid zu machen, so sind sie es doch in den Akten eines individuellen Rechtsstreits nicht eher, bis sie in diesen Akten beurkundete Thatsachen sind. Der Beklagte muß also das Aktenstück, worin der Kläger das gerichtliche Eingeständniß ablegte, oder dasjenige, woraus die Gerichtskündigkeit erhellet d), zu den Akten dieses Streits bringen, oder wenn es in diesen schon liegen sollte, sich darauf beziehen.

Sind die Einreden, ohne von dem Beweise besonderer Thatsachen abzuhängen, schon in den Gesetzen gegründet, welche entweder der angestellten Klage ein Verboth entgegenstellen, oder den Beklagten gegen die Auffoderung unmittelbar in Schutz nehmen, so spricht das Gesetz für den Rechtsbestand der Einrede, und von einem Beweise kann unter solchen Umständen kei-

c) Danz sieht sie als sofort liquide Einreden an. §. 187.

d) Von dem reinen Begriff der Notorietät werde ich bey einer andern Gelegenheit handeln.

ne Rede seyn. Nur wird ein klares und unbestrittenes Gesetz hiebey vorausgesetzt, und die Identität der Merkmale des bestimmten Falls, worin die Einrede gebraucht wird, mit den Merkmalen desjenigen, welchen das anzuwendende Gesetz enthält, darf keinem Zweifel unterworfen seyn. Das Gesetz muß ganz unbezweifelt, oder wie Pütter bey einer andern Gelegenheit sagt a), ius in thesi clarum, non dubiae interpretationis non dubiae auctoritatis seyn. Ein ganz zwekmäsiges Gesetzbuch wird von dieser Bemerkung keinen grossen Nutzen verstatten, aber bey unsern Rechtsnormen in Deutschland, welche aus römischen, kanonischen und deutschen Gesetzen so sonderbar zusammengesezt sind, ist sie nicht unbedeutend. Daß übrigens ein Gewohnheitsrecht den hohen Grad einer Liquidität der daraus abgeleiteten Einreden nicht begründen könne, leuchtet von selbst ein.

XX.

IV. Das Verfahren erhält durch die prozeßhindernden Einreden eine ganz andere Wendung, es tritt aus dem ordentlichen Prozesse in

a) De querelae nullitatis et appellationis conjunctione § 37. u. 38. in seinen Opusc. rem. judic. Imp. illustrant. Seite 319.

ein schleuniges Verfahren über, es fängt also A) mit der Handlung an, worin der Beklagte diese Einreden vorbringt.

In diesem Schriftsatze bezieht sich der Beklagte auf die gegen ihn angebrachte Klage, und zeigt, 1) daß durch die Einrede, welche er entgegengesetzt, der Klagegrund gänzlich zerstöhrt werde (§. XV. XVI.) wobey er die bey peremtorischen Einreden geltenden allgemeinen Grundsätze befolgt. Nur zerstöhrliche Einreden darf er vortragen, weil alle andere, welche nur die Form des Klagschreibens, nicht die Wesenheit des Klagerechts selbst betreffen, ausser dem Zwecke seiner Handlung liegen. Hierauf muß er 2) seine Einreden durch liquide Beweise zu einer prozeßhindernden erhöhen (§. XVII - XIX.) Sind die Einreden von solcher Art, daß sie aus den Gesetzen selbst fließen, ohne eines Beweises weiter zu bedürfen, so muß dieses sehr genau deducirt werden, damit in diesem Fall gegen die Qualification der Einreden zu Prozeßhindernden kein Zweifel obwaltet. Wie er sich aber in Rücksicht jener Einreden zu verhalten habe, deren Thatumstände einen Beweis fodern, wie der liquide Beweis zu führen, und wie das

ganze Verfahren beschaffen sey, darüber findet man in den Schriften der Rechtslehrer gar keine Aufschlüsse, so wie überhaupt das ganze Verfahren bey prozeßhindernden Einreden zum Schaden der guten Sache bisher schwankend, und der Nutzen, welchen die Vorschützung solcher Einreden gewährte, sehr unbedeutend war.

XXI.

Auch hier hängt alles davon ab, daß jede Willkühr entfernt, ein richtiger, durchgreifender Grundsatz aufgestellt, ein durch die Gesetze nicht unmittelbar bestimmtes Verfahren nach den Grundsätzen anderer bestimmter Verfahrungsarten eingerichtet, und dadurch zu einem wenigstens mittelbar durch die Gesetze bestimmten, also rechtlichen Verfahren gebildet werde; und hier ist es eigentlich, wo wir den Vortheil des Standpunkts einsehen, auf den ich die Lehre von prozeßhindernden Einreden zurückgeführt habe.

Der Beklagte fodert mit Umgehung aller Weitläufigkeiten des ordentlichen Verfahrens, in welches der Kläger die Sache eingeleitet hat, eine privilegirte Prozeßart, durch welche der

ganze Prozeß auf das schleunigste geendigt wird, weil er das Unrecht des Klägers schleunig beweisen will. Er wendet also das ganze Verfahren in eine Prozeßart, wobey wegen α) liquiden Beweisen β) jede Weitläufigkeit des ordentlichen Verfahrens vermieden und γ) die Sache auf dem möglichst kurzen Weg zum End gebracht wird. In diesen drey Merkmalen kömmt seine Absicht und der rechtliche Gesichtspunct der ganzen Sache mit dem Exekutivprozesse überein [a]), er gibt uns also den einzig möglichen Maasstab an die Hand, nach welchem wir das Verfahren bey Prozeßhindernden Einreden bestimmen können, und deswegen bestimmen müssen, weil man bey gleichen Verhältnissen gleiche Grundsätze halten muß, solange nicht die Gesetze zu einer Ausnahme berechtigen; denn sogut nach diesem Maasstab die Eigenschaften der Beweismittel (§. XIX.) von den Rechtslehren bestimmt werden, ebensogut muß auch nach ihm die Verfahrungsart ihre Richtungen erhalten.

XXII.

Nur Urkunden oder Augenschein ohne Zeugen, sind die sogleich liquiden Beweismittel,

a) Siehe Danz summar. Proz. §. 29.

deren sich der Beklagte bedienen kann; er muß also nicht nur allein im Allgemeinen sich auf eines dieser beyden Mittel berufen, sondern er muß auch, wie der Kläger im Exekutivverfahren, mit der Vorschützung der Einreden sogleich alles dasjenige verbinden, was zur Einleitung und Vorbereitung des von ihm zu führenden Beweises, weil er ein schleuniger seyn muß, erfodert wird; er muß seine Beweisantrettung mit den Einreden verbinden. Hieraus folgt, daß

1) bey dem Beweise durch Augenschein der Beklagte ausdrücklich auf den Augenschein als Beweismittel sich berufen und zeigen muß, daß und in wie ferne der Augenschein den ganzen Klagegrund zerstöhre, auch müssen die Umstände, worauf der Augenschein zu richten ist, genau auseinander gesetzt werden. Die Vorschlagung der Kunstverständigen fällt hinweg, weil das Verfahren bey Kunstverständigen so viele Weitläufigkeiten hat, wie jenes bey dem Beweise durch Zeugen. Aber auch von dem Beweise durch Augenschein wird nur in wenigen Fällen Gebrauch gemacht werden können, wenigstens, wenn die Sache nicht sehr einfach ist,

werden grosse Hindernisse über die Augenscheinspunkte u. d. sich in den Weg stellen,

2) Bey dem durch Urkunden zu führenden schleunigen Beweis muß er die Urkunden in Abschrift alsogleich beylegen, und sich zur Produktion der Orriginalien in dem anzusetzenden Termine erbiethen.

Sehr viel liegt an der Wendung, unter welcher der Beklagte seine prozeßhindernde Einreden vorträgt; denn gar leicht könnte, weil er der Klage eine zerstöhrliche Einrede entgegensezt, seine Absicht verfehlt, und seine Schrift mit einem gewöhnlichen Exceptionssatze verwechselt werden. Er muß daher seine Absicht, die Einrede als prozeßhindernd vorzutragen, mit aller Deutlichkeit und mit dem gehörigen Nachdruk äussern, und wenn er dieses beobachtet, auch den ganzen Schriftsatz zweckmäßig abfaßt, so ist gar nicht nöthig, demselben eine Verwahrung gegen die Einlassung einzurücken, da diese ohnedieß mit dem Wesen prozeßhindernder Einreden nicht bestehen kann (unten §. XXIV.). Am natürlichsten ist es, wenn er der ganzen Sache die Wendung giebt: Der Kläger habe

kein Bedenken getragen, diese oder jene Klage gegen ihn anzustellen — sie sey ganz ungegründet; (hier wird die zerstöhrliche Einrede vorgetragen,) — der Beklagte könne durch den schleunigen Beweis der Einrede ihren Ungrund so offenbar darlegen, daß es der Weitläufigkeiten eines ordentlichen Prozesses gar nicht bedürfe — er wolle also die Einrede als prozeßhindernd entgegensetzen, und berufe sich zu ihrem schleunigen Beweise auf die Beweismittel (welche nach den bisher vorgetragenen Grundsätzen specifice angeführt, die Urkunden in Abschrift beygelegt werden) — und hierauf gehet man zu dem Petitum über.

XXIII.

Eine eigene Betrachtung verdient das Petitum. Daß es zwey Theile habe, nämlich das Petitum über die Verfahrungsart (ratione processus) und in der Hauptsache, ist für sich klar, ich will von jedem Theile besonders handeln.

Die Absicht des Beklagten ist, daß der Kläger ganz (definitiv) abgewiesen werde; zu diesem Zwecke trägt er seine zerstöhrliche Einrede vor, und zu diesem Ende muß sie bewiesen

werden. Dies alles macht nothwendig, auch den Kläger darüber zu hören, die Exceptionsschrift des Beklagten muß ihm also mitgetheilt werden. Auch bey dem schleunigen Beweise sind Anträge an den Richter nothwendig, und beyde Punkte machen das Petitum in Rükſicht auf das Verfahren aus. Man bittet also, die Exceptionsschrift samt Beylagen [a]) dem Kläger mitzutheilen und jene Vorkehrungen zu treffen, welche dem gewählten Beweismittel - Augenschein oder Urkunden - angemessen sind, und welche ich hier aus dem gemeinen Prozesse als bekannt voraussetzen darf [b]).

XXIV.

Gienge die Absicht des Beklagten lediglich dahin, daß er von der Einlassung auf die Klage befreyt werde, so könnte die Bitte in der Hauptsache nur so gefaßt werden: zu erkennen, daß der Beklagte auf die Klage sich einzulassen nicht schul-

a) Wenn die Schrift, wie gewöhnlich ist, Beylagen hat.

b) Man kann sie bey Danz ordentl. Prozeß. §. 314. und §. 343. dann summar. Proz. §. 35. nachsehen.

schuldig sey. Allein wodurch würde sich alsdenn das Gesuch von dem bey dilatorischen Einreden unterscheiden? Auch ist dieses Petitum den Absichten des Beklagten offenbar entgegen, welcher durch die prozeßhindernde Einreden nicht nur die Einlassung auf die Klage vermeiden, sondern ohne sich in einen ordentlichen Prozeß einzulassen ein Urtheil erwürken will, welches den Anspruch des Klägers vernichtet; Claproth [a]) giebt auch an, daß man um Entbindung von der Klage bitte, aber Danz [b]) glaubt, man könne bitten, daß der Kläger mit seiner unstatthaften Klage abgewiesen und in die Kosten verurtheilt werde, oder, was ihm noch schiklicher scheint, zu erkennen, daß Beklagter auf die erhobene Klage sich einzulassen nicht schuldig sey [c]).

Allein ich finde das Petitum, welches Danz für schiklicher hält, in einem offenbaren Widerspruch mit dem Geiste des Verfahrens bey

a) Einleit. in den ordentl. Proz. §. 139.

b) Ordentl. Proz. §. 190.

c) Ich erinnere mich, daß ein sehr erfahrner Geschäfftsmann gegen mich dieses Petitum behaupten wollte.

prozeßhindernden Einreden; nicht zu gedenken, daß er seine Bitte auf zerstöhrliche Einreden baut, und aus diesen Entbindung von der Klage, aber nicht Befreyung von der Einlassung folgt, und daß man wegen der Rechtskraft des künftigen Urtheils sich unnöthigen Streitigkeiten aussezt, wenn der Kläger eine Befreyung von der Einlassung mit der Entbindung von der Klage nicht für synonim halten wollte: so streitet das Danzische Petitum gegen die Absicht der prozeßhindernden Einreden. Sie sollen das entbindende Definitivurtheil ohne Weitläufigkeiten des ordentlichen Prozesses erwirken, man will also durch sie dem ordentlichen Prozesse, und nicht eigentlich der Einlassung entgehen, und es kann von einer Einlassung nirgendswo, also auch nicht bey dem Petitum die Rede seyn, weil diese nur bey dem ordentlichen Verfahren statt findet, aus welchem die Sache in ein privilegirtes schleuniges Verfahren durch die prozeßhindernde Einreden versezt werden soll. Die Bitte in der Hauptsache kann also nicht anders, als auf Entbindung von der Klage gestellt werden.

Nicht einleuchtender wird aber das Unschikliche des Petitums, von der Einlassung auf

die Klage befreyt zu werden, als wenn man ihm das hierauf folgende Endurtheil entgegenstellt. Wenn der Beklagte unterliegender Theil wird, und ein verurtheilendes Erkenntniß nicht wegen der Art eines nicht gelieferten schleunigen Beweises, sondern wegen erwiesenem Klagerecht erfolgt, so wird der Beklagte verurtheilt, nicht blos auf die Klage sich einzulassen, sondern seinen Gegner zu befriedigen, und doch müßte nur auf die Einlassung erkannt werden, wenn das angezeigte Petitum des Beklagten schiklich und dem Gegenstand anpassend gewesen wäre (§. LII.).

XXV.

Alle Schriftsteller über den gemeinen Prozeß verstatten eine Verbindung prozeßhindernder Einreden mit dem Exceptionssatze des ordentlichen Verfahrens, in welchem sie ihnen einen besondern Platz anweisen; wobey sie denn auch die Vorsicht anrathen, diese Einreden als gemeine zerstöhrliche beziehungsweise zu wiederholen, auf den Fall, daß sie als prozeßhindernde nicht angesehen werden sollten. Allein mir scheint nach dem bisher entwickelten Gesichtspunkt dieser Einreden und ihrer Absicht diese Verbindung wo

nicht unmöglich, wenigstens sehr beschwerlich und unnütz zu seyn; denn wie will man eine Schrift, deren ganze Absicht ist, das ordentlicht Verfahren zu entfernen, mit einer Schrift bequem vereinigen, bey der das ordentliche Verfahren als wesentliche Bedingung vorausgesetzt wird?

Man nüzt sich nie durch falsche Mittel; man gebrauche also keine Einrede als prozeßhindernd, wenn man nicht im voraus überzeugt ist, daß sie dazu ganz geeigenschaftet sey *a*); und hat man sie nach strenger Prüfung mit allen Eigenschaften einer prozeßhindernden Einrede versehen gefunden, so ist jede Verbindung überflüssige Arbeit, welche nicht nur unnöthige Kosten verursacht, den Schriftsatz ohne Noth vergrössert, ein Mißtrauen in seine Sache verräth, und den Richter gar leicht veranlaßt, aus bloser Liebe zur Gemächligkeit durch das leichte „Com-„ municetur" die Sache in den ordentlichen Prozeß zu verweisen.

XXVI.

B) Diese Schrift genau zu prüfen ist eine desto höhere Pflicht des Richters, als durch

a) Sehr schön hat Grolman §. 174. diese Warnung gegeben.

sie eine sehr grosse Abweichung von dem gewöhnlichen Verfahren entstehen, die vom Kläger gewählte Prozeßart hinwegfallen, und das Recht, die Prozeßart zu wählen, gegen die Regel auf den Beglagten übergehen soll. Der Richter muß also von allen Seiten prüfen, ob den vorgebrachten prozeßhindernden Einreden keine ihrer Eigenschaften mangle; findet er Mängel, so ist entweder der Mangel so beschaffen, daß daraus die Unzulässigkeit der Einreden als prozeßhindernder offenbar erhellet, oder es sind Mängel, welche vom Beklagten gehoben werden können. Im lezten Fall ist ein Vorbescheid das angemessenste Mittel; im ersten Fall soll nach Meynung der angesehensten Rechtslehrer auf die Strafe des Ungehorsams erkannt werden, wenn der Beklagte eine eventuelle Kriegsbefestigung mit diesen Einreden nicht verbunden hat *a*).

Ich gestehe zu, daß der Beklagte in die Unkosten verurtheilt wird, welche er durch seinen ungegründeten Antrag verursacht hat. Einlassung war von ihm verlangt, diese hat er aus unzureichenden Gründen unterlassen, er trage al-

a) Danz ordentl. Proz. §. 194. Grolman §. 176.

so die Kosten, die er veranlaßte. Ich stimme sogar dafür, daß er mit einer angemessenen Geldstrafe belegt werde, wenn sich zeigt, daß er hiebey eine böse Absicht hatte; aber ich kann mit den Gesetzen nicht vereinbaren, daß die Strafe des Ungehorsams in der Präclusion mit dem Exceptionssatze, also im Verluste aller Einreden bestehen solle. Der jüngste Reichsabschied enthält eine Stelle, aus der man die Entscheidung der Sache schöpfen kann.

Fort declinatorische Einreden können besonders, ohne Verbindung mit der Kriegsbefestigung, vorgetragen werden; wenn nun ohne Einlassung solche foridеclinatorische Einreden vorgeschüzt wurden, so unterscheidet dieses Reichsgesetz *a*) nach dem Grade, in welchem diese Einrede unerheblich befunden wurde, und verfügt da, wo keine üble Absicht aus den Einreden hervorleuchtet, gar keine Strafe, aber es macht für den entgegengesezten Fall die Verordnung: „Hingegen „wenn die Unerheblichkeit der vorgebrachten vor„züglichen Einrede soweit befunden würde, „daß sie allein zu vorsezlich und muthwilligen „Aufschub der Hauptsache eingewendet worden,

a) J. R. A. §. 40.

„alsdann derselbe Beklagte in etliche Mark Sil„ber oder Gold, nach Beschaffenheit der Perso„nen und Sachen, auf Ermäßigung des Rich„ters, condemnirt, und dann mit der „Hauptsache fürderlich verfahren „soll.“

XXVII.

Man würde dem Gesetze Gewalt anthun, wenn man aus demselben einen Beweis führen wollte, daß der Beklagte in eine besondere Strafe des Ungehorsams verfällt, wenn seine forideclinatorische Einreden als ungegründet verworfen werden, denn sogar im Fall einer dabey untergelaufenen bösen Absicht kann man nur eine Geldstrafe wider ihn verhängen, aber eben darum ihn nicht mit einer doppelten Strafe belegen. Selbst der jüngste Reichsabschied will, daß dann mit der Hauptsache fürderlich verfahren werde, ohne von einer Präclusion mit dem Exceptionssatze zu reden, welche er, wo er sie verhängt, sehr energisch auszudrücken weiß a). Daher schweigen auch die angesehensten Praktiker in diesem Fall von einer besondern Strafe des Ungehorsams, und schränken die

a) J. R. A. §. 37.

Folge des Ungehorsams auf die allgemeine Strafe, nämlich den Ersatz der Kosten nebst einer Geldstrafe nach der Grösse des Frevels ein[b]).

Nun darf man blos zwischen den foridecli-natorischen und den prozeßhindernden Einreden eine Vergleichung anstellen, um sich zu überzeugen, daß die Fälle einer unterlassenen Kriegsbefestigung in beyden identisch seyen, folglich das Gesetz bey ihnen in gleiche Anwendung kommen müsse, und der allgemein angegebene Grundsatz von Strafe des Ungehorsams, soweit er eine besondere Strafe desselben in sich faßt, unrichtig sey.

Foridecliniatorische Schutzreden können, wie die prozeßhindernde, ohne Verbindung einer eventuellen Kriegsbefestigung vorgetragen werden; bey jenen haben wir für diesen Satz die Sprache des Gesetzes, und bey diesen beweißt ihn die Natur der Sache und die Rechtsanalogie (§. X—XII.); in beyden also finden wir die Uebereinstimmung, daß die Verbindlichkeit, auf die Klage sich einzulassen, eigentlich erst da mit Wirksamkeit anfängt, wo der Richter sie

b) Claproth a. a. O. §. 137.

verworfen hat, und gerade diese Verbindlichkeit ist der Standpunkt, auf den man bey der Bestimmung einer Strafe des Ungehorsams zurükgehen muß.

XXVIII.

„Keinem Zweifel unterliegt es, daß der Richter eine günstige Entschließung für den Beklagten faßt, wenn seinem Antrage keine rechtliche Foderung abgeht. Nach der übereinstimmenden Meynung der bewährtesten Rechtslehrer a), soll sie darin bestehen, daß der Kläger mit seiner Klage ganz abgewiesen werde.

Allein ich kann dieser Meynung durchaus nicht beytreten. Der Beklagte will durch ein Urtheil von dem Anspruch ganz befreyt werden, nur sucht er das lossprechende Erkenntniß auf dem kürzesten Wege des schleunigen Verfahrens zu erhalten. Dieses Definitivurtheil fodert, daß beyde Theile über ihr wechselseitiges Vorbringen gehört werden, sonst artet das Ver-

a) Claproth a. a. O. §. 160. Danz §. 194. Grolman §. 176. doch bemerkt Claproth, daß bey dem mindesten eintretenden Zweifel die Replik nothwendig ist.

fahren in ein tumultuarisches aus [b]). Sey auch der Vortrag des Beklagten noch so einleuchtend, sein Beweis noch so scheinbar, immer bleibt es nothwendig, den Kläger darüber zu hören, ehe ein Urtheil gefällt werden kann. Vielleicht kann der Kläger die Einrede durch eine Replik entkräften, die Beweise umstossen, und eben diese möglichen Fälle machen die Vernehmung des Klägers über die prozeßhindernde Einreden des Beklagten desto mehr nothwendig, da alle Praktiker die Vorsichtsregel angeben, man soll die Replik nicht in die Klage bringen [c]), alle mal also ungewiß bleibt, ob der Kläger die Angaben des Beklagten durch neues Vorbringen nicht zu entkräften im Stande ist.

Nebst dem müssen die Einreden bewiesen seyn (§. XVII. u. ff.), eine Bescheinigung ist keineswegs hinreichend. Wie kann aber der Beweis für hergestellt angesehen werden, wenn nicht durch ein, dem Beweismittel angemessenes, Verfahren der Beweis vollführt wird [d])? Bey dem Beweise durch Augenschein

b) Grolman §. 74. u. 75.

c) Danz §. 63.

d) Grolman §. 231. nimmt mit mir an, daß auch bey dem summarischen Verfahren im Be-

muß ein Termin zur Einnehmung desselben angesezt und dazu beyde Theile vorgeladen werden, bey dem Beweise durch Urkunden muß zur Vorlage der Urschriften ein Termin abgehalten und der Product zur Anerkennung vorbeschieden werden. Beyde Beweismittel also, welche bey prozeßhindernden Einreden zulässig sind, fodern schlechterdings, daß der Kläger erst gehört werde, ehe man den Beweis für vollführt ansehen kann. Auch im Executivprozesse muß zur Vollführung des Beweises ein Verfahren, obgleich ein schleuniges, veranlaßt werden, damit der Beweis hergestellt und der Beklagte nicht ungehört verurtheilt, vielmehr in den Stand gesezt werde, sich gegen die Anträge seines Gegners zu vertheidigen.

Prozeßhindernde Einreden sind ein ganz besonderer Antrag des Beklagten, ein neues Vorbringen, ein eigener Angriff, besonders in Rücksicht der schleunigen Verfahrungsart, welche der Beklagte fodert (§. X. — XII. und XVIII.) — Ueber alles dieses muß der Kläger erst rechtliches Gehör erlangen, ehe

weise das Productionsverfahren von der Vollführung des Beweises getrennt werden muß.

gegen ihn ein verdammendes Erkenntniß folgen kann.

XXIX.

Diese Strenge, welche in der gemeinen Meynung liegt, hat auch dem Beklagten bey dem Gebrauche prozeßhindernder Einreden bisher mehr geschadet, als man denken sollte. Geradehin den Kläger abzuweisen, dazu konnte sich mancher Richter, geleitet durch ein dunkles Gefühl des in der übermäßigen Strenge liegenden Unrechts, nicht entschließen. Man wollte also in Verstattung des rechtlichen Gehörs eher nachsichtig, als in Abschneidung der Vertheidigung zu streng seyn, und es war nichts natürlicher, als daß der Exceptionssatz — ad replicandum — mitgetheilt wurde! Ich kann aus langer Erfahrung bezeugen, daß auf viele von mir als fiscalischen Procurator übergebene prozeßhindernde Einreden in allen Fällen nichts, als ein Dekret ad replicandum, erfolgte. Der ganze Vortheil bestand am Ende in den an sich gleichgültigen Ausdrüken des Urtheils.

Auf diese Art schlich sich ein Schlendrian ein, und man entzog mit der einen Hand den

prozeßhindernden Einreden alle, auch rechtliche, Vorzüge, welche man ihnen mit der andern Hand gegeben hatte. Der Beklagte wollte das ordentliche Verfahren entfernen, und der Richter schob die Sache in das ordentliche Verfahren zurück, eben da, wo er die Einreden, als prozeßhindernde, für zuläßig hielt, und eine, dem Antrag des Beklagten entsprechende, Entschließung erlassen wollte.

So giengen also nicht nur alle rechtliche Vorzüge der prozeßhindernden Einreden durch die vage Praxis verlohren, ein schleuniges Verfahren wurde nicht eingeleitet, wie es doch nothwendig ist, und der Beklagte hatte von seinen Einreden nicht nur keinen Nutzen, sondern noch positiven Schaden.

Beladen war er mit dem Beweise seiner Einrede auch ausser dem schleunigen Verfahren — eine Last, welche er wohl für den Gewinn einer schnellen Beendigung des Prozesses über sich nahm, welche ihm aber ohne diesen Ersatz nicht aufgebürdet werden sollte — durch Replik und Duplik lößte sich der Prozeß in das ordentliche Verfahren auf, und nun war vollends alles verscho-

ben. Auf das schleunige Verfahren wurde nicht erkannt, und für den Zweck des ordentlichen Verfahrens war die Schrift nicht eingerichtet, worin der Beklagte nur prozeßhindernde Einreden vortrug! Und so war die in den Absichten wohlthätigste Sache durch den Mangel an aller Consequenz zu einem Nichts herabgewürdiget!

So wenig der Richter auf diese Einreden den Kläger alsogleich abweisen darf, eben so wenig darf er ein bloses Communicetur ad replicandum erkennen.

XXX.

Rechtliches Gehör darf dem Kläger über die prozeßhindernde Einreden nicht versagt werden, der Richter muß also die Schrift des Beklagten samt ihren Beylagen dem Kläger mittheilen, damit dieser seine Vertheidigung dagegen führen kann.

Allein der Richter darf dabey nicht stehen bleiben, sondern er muß eine weitere Verfügung treffen, wodurch die Sache nach der rechtlichen Eigenschaft prozeßhindernder Einreden ihrem Ausgang näher gerükt wird. Seine Verfügung muß

als Mittel dem Zwecke dieser Einreden angemessen seyn. Der Zweck der prozeßhindernden Einreden ist, daß über den gänzlichen Ungrund der Klage in einer schleunigen Verfahrungsart erkannt werde; es handelt sich also bey ihnen nicht von einer Vorbereitung zu dem Hauptstreit (processus praeparatorius), sondern es gilt der Hauptsache. Als Mittel zu diesem Zwecke müssen die Einreden nach ihrem zerstöhrenden Einfluß auf das Klagerecht selbst, und die Beweise nach ihrer Kraft und Vollführung beurtheilt werden — Aber auch das schleunige Verfahren ist Zweck dieser Einreden, und alle Handlungen, sie kommen von den Partheyen oder dem Richter, müssen demselben angemessen seyn. Darum muß der Beklagte gleich mit seinen Einreden die specielle Anzeige der Beweismittel verbinden (§. XVII. — XIX.) und das Petitum muß nach der Natur eines schleunigen Verfahrens eingerichtet werden (§. XXIII. und ff.). Da nun im ganzen Verfahren eine Uebereinstimmung herrschen muß, da die Handlungen des Beklagten allein diesen Zweck nicht erreichen können, wenn nicht die darauf folgende Verfügung des Richters demselben consequent

ist, so folgt, daß die Verfügung des Richters auf die Einreden im Ganzen nach den Grundsätzen eingerichtet werden muß, welche bey andern schleunigen Verfahrungsarten vollgültige Normen sind.

XXXI.

Das executive Verfahren giebt den sichersten Maasstab an die Hand, um die Verfügung des Richters zu bestimmen. Man muß die den prozeßhindernden Einreden beygefügten Beweise als eine Beweisantretung behandeln, und jene Einleitungen machen, welche die Vollführung des Beweises fodert, jedoch immer in der Art, welche bey dem schleunigen Verfahren, d. h. im Executivprozesse üblich ist *). Wurde also 1) der Beweis durch Augenschein angetreten, so wird ein Termin zur Einnehmung desselben angesezt, und der Kläger nicht weniger als der Beklagte dazu vorgeladen; dagegen erläßt 2) der Richter die bey dem Executivprozesse gewöhnlichen Verfügungen, wenn der Beklagte sich zum Beweise der prozeßhindernden Einreden auf Urkunden be-

*) Daß die Absicht dieser Verfügung ist, beyden Theilen den Weg zu ihrer Vertheidigung zu öffnen, habe ich im folgenden §. bemerkt; man vergleiche auch die Abhandlung no. VI.

rufen hat, welche im Ganzen auf einen Termin zur Vorlage der Originalien hinausgehen. 3) Ob aber nicht wenigstens bey jenen Einreden ohne alles weitere Verfahren der Kläger abgewiesen werden könne, welche so unmittelbar aus dem Gesetze fließen, daß sie gar keines Beweises (§. XIX.) bedürfen? Dies könnte man deswegen für zweifelhaft ansehen, weil hier das Gesetz gleichsam selbst zu sprechen, und alle weitere Vernehmung entbehrlich zu machen scheint. — Allein auch bey solchen Einreden kann ich keine Ausnahme anerkennen, weil der Kläger darüber noch nicht gehört wurde, folglich sowenig definitiv abgewiesen werden kann, als man den Beklagten, ohne ihn gehört zu haben, definitiv — das ist, durch ein Urtheil — verdammen darf, wenn auch der Anspruch des Klägers durch das Gesetz unmittelbar unterstützt wird.

Nur ist bey diesem Fall einleuchtend, daß kein Befehl des Richters statt findet, welcher auf Vollführung eines Beweises abzielt, sondern die Verfügung des Richters muß den besondern hier eintretenden Verhältnissen, jedoch nach dem Geiste des schleunigen Verfahrens,

anpassend gemacht werden. Diese Absicht erreicht sie, wenn nebst Mittheilung der Exceptionsschrift ein Termin zur mündlichen schlüssigen Verhandlung der Sache anberaumt wird, zu welchem beyde Theile vorgeladen werden.

XXXII.

C.) Diese Verfügung des Richters öffnet den Weg zu dem weitern Verfahren. Man sollte zwar denken, es gelte mehr einer Vollführung des angetretenen Beweises, weil in den mehrsten Fällen der Richter hiezu einen Termin ansezt, und seiner Ladung an den Kläger nur die Einrichtung nach dem Beweismittel des Beklagten gibt (§. XXXI.); allein es ist schon der Kürze wegen im Prozesse gewöhnlich, daß wenn die vorzunehmende Handlung zur weitern Fortrückung des Verfahrens nicht nothwendig ist, sondern wenn sie vom Vorgeladenen nur vorgenommen werden kann, die Ladung nur dasjenige ausdrükt, wozu er verbunden werden soll, und die Erlaubniß, durch die übrigen Vorträge seine Rechte zu verwahren, darunter stillschweigend begriffen ist, weil es sich von selbst versteht, daß ihm jene Handlungen nicht versagt sind, wozu ihn die Gesetze berechtigen.

Die Absicht der Ladung ist also eine vollständige Erörterung des Rechtsstreits, zu diesem Ende ist der Termin angesetzt und beyde Theile können ihre Rechtszuständigkeiten ausführen, wenn auch die Form der Ladung dieses nur stillschweigend in sich faßt. Das Verfahren in dem angesetzten Termine ist ein mündliches, wie bey dem Executivprozesse, weil die Natur eines schleunigen Verfahrens schriftliche Handlungen der Regel nach ausschließt.

XXXIII.

An dem Kläger ist die Reihe, die erste Handlung in dem Termine vorzunehmen, und seine Rechtszuständigkeiten gegen die ihm mitgetheilte Schrift, worin der Beklagte prozeßhindernde Einreden vorschüzte, auszuführen, wenn er derselben etwas entgegensetzen will. Der Abriß des Verfahrens fängt also billig mit der Handlung des Klägers auf die prozeßhindernde Einreden an.

Seine Vertheidigung bezielt zwey Gegenstände; 1) aus dem ordentlichen Verfahren soll die Sache in eine schleunige Verfahrungsart übersetzt werden: 2) es soll über den Rechtsbe-

stand seines Anspruchs geurtheilt werden; — dort gilt es der Verfahrungsart, hier dem Klagerecht. In jedem dieser beyden Punkte finde ich viele Eigenthümlichkeiten, und ich muß von jedem besonders handeln.

XXXIV.

1) Die Vertheidigung des Klägers gegen die Prozeßart, auf welche der Beklagte antrug, gehört zu seinen Rechten, auf welche er Verzicht leisten kann; sie ist also ein blos zufälliger Theil der vom Kläger auf die prozeßhindernde Einreden vorzunehmenden Handlung. Er kann daher auch da, wo es ihm sehr leicht wäre, die Unstatthaftigkeit eines schleunigen Verfahrens darzuthun, sich in das schleunige Verfahren einlassen, und ich rathe auch dem Kläger, sich einzulassen, weil er den Vortheil hat, daß ein Gegenstand in einem kürzern Verfahren abgethan wird, als etwa der Kläger wählen konnte, und weil die Last des Beweises bey dem Beklagten anfängt. Den Fall, daß der Kläger Unrecht hat, bringe ich hier nicht in Anschlag, weil er keine ungegründete Klage anstellen soll; und wenn ihm das Recht zur Seite steht, so kann er bey dem schleunigen Verfahren nur gewinnen,

aber nie verliehren, wie sich aus dem folgenden ergeben wird.

XXXV.

Ohne daß diese schleunige Verfahrungsart in den Rechten begründet ist, kann sie aber dem Kläger nicht aufgedrungen werden; er kann daher die Zulässigkeit der prozeßhindernden Einreden, als solcher, in seiner Vernehmlassung anfechten. Was er hier vortragen will, darf immer nur die Qualität, nicht die Richtigkeit der Einrede betreffen, denn nur die erste hat Bezug auf die Verfahrungsart. Unter den Gründen, womit er vorzüglich die Zulässigkeit der Einreden als prozeßhindernder bestreitet, verdienen folgende ausgezeichnet zu werden: 1) Wenn die Einreden keine wahrhaft zerstöhrliche Einreden sind, 2) wenn die Einreden den Klagegrund nicht ganz aufheben, 3) wenn der Beklagte Beweismittel gewählt hat, welche in dieser Verfahrungsart unzulässig sind: z. B. wenn er sich auf Zeugen oder Kunstverständige berufen hat, 4) wenn den zulässigen Beweismitteln Einreden entgegenstehen, welche erst im Wege des ordentlichen Verfahrens durch weitläufige Beweise gehoben werden können. Z B.

Der Beklagte hat sich auf eine Quittung berufen, welche noch nicht 30. Tage alt ist, oder er will die Einrede der Compensation durch eine noch nicht zwey Jahr alte Schuldurkunde beweisen, hier benimmt der Kläger durch die privilegirte Einrede des nicht gezahlten Gelds den Beweismitteln des Beklagten ihre Kraft, und es ist ein anderer Beweis über die Numeration nothwendig [a]); eben dies würde eintreten, wenn der Kläger die Urkunde wegen ihren äussern Mängeln, z. B. der Durchstreichung u. d. zu recognosciren nicht verbunden ist. Hier kann der Beklagte den schleunigen Beweis vom Ungrund der gegen ihn angestellten Klage nicht liefern, der Kläger kann also fodern, daß die schleunige Prozeßart aufhöre, und der Streit in den ordentlichen Weg, auf dem er durch die Klage sich befand, zurükgewiesen werde.

XXXVI.

Weitläufige Verhandlungen über die Zulässigkeit des schleunigen Verfahrens darf der Richter nicht erlauben; denn es würde in einen grossen Widerspruch ausarten, wenn man weitläufig über die Vorfrage streiten wollte, ob eine Ver-

a) Meine Juriſt. Abh. Th. I. S. 59.

fahrungsart zulässig sey, deren ganzer Zweck in Entfernung aller Weitläufigkeiten besteht.

Der Beklagte muß daher die Einwürfe des Klägers gegen das schleunige Verfahren in dem Termine alsogleich zu widerlegen suchen, und der Richter macht durch einen Bescheid diesem Streit sogleich ein Ende, indem er die Einwendungen des Klägers verwirft, oder den Beklagten in das ordentliche Verfahren zurükweißt, in welchem lezten Falle das ganze Verfahren über die prozeßhindernden Einreden geendigt ist.

Kann der Beklagte die Einwürfe des Klägers nicht sogleich gänzlich beseitigen, so muß im Zweifel die Sache in das ordentliche Verfahren verwiesen und der Beklagte in die durch die Art, seine Einreden vorzuschüzen, verursachte Kosten verurtheilt werden, weil er verbunden ist, alles sogleich liquid zu machen, was zu der schleunigen Verfahrungsart gehört, auf die er einen besondern Anspruch machte.

Uebrigens ist es einleuchtend, daß dieses Erkenntniß nur die Qualität der vorgeschüzten Einreden zum Zwecke des schleunigen Verfah-

rens, keineswegs aber die Gültigkeit der Einrede selbst betrifft, der Beklagte also dieses Urtheils ungeachtet sich der Einreden im ordentlichen Verfahren gegen den Kläger bedienen kann a).

XXXVII.

2) Die Handlung des Klägers in der Hauptsache ist unter allen der schwerste Punkt dieser Materie. Vollständige Prüfung des Streitgegenstands zur Vorbereitung eines Definitivurtheils, und schleuniges Verfahren sind zwey Maximen, welche hier in eine Harmonie gebracht werden müssen, so häufig sie auch mit einander in Collision kommen. Die Analogie des Executivprozesses, die uns bisher sicher leitete, verläßt uns, ja sie erhöht sogar die Beschwerden. Ich will nur einige Fragen vorlegen, um Jeden von dem Interesse einer richtigen Entwickelung der Grundsätze und von den Beschwerden in ihrer Auffindung zu überzeugen. — Kann der Kläger gegen die Einreden etwas vorbringen, was ein weitläufiges Verfahren (altioris inda-

a) Adolph Diet. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Wismar 1789. 8. S. 73.

ginis) fodert, oder gilt ein analoger Schluß vom Executivprozesse auf dieses Verfahren? — Wenn er es darf, was für Folgen entstehen für das gegenwärtige Verfahren? — Was darf der Beklagte etwa durch eine Duplik thun?

Genug zu meiner Rechtfertigung, daß ich diesem Gegenstand eine weitläufigere Erörterung widme!

XXXVIII.

Vollständige Discussion des Rechtsstreits muß mit dem schleunigen Verfahren, so weit es möglich ist, in Vereinigung gebracht werden, ein jeder der beyden Zwecke ist bedingt durch den andern. Die Handlung des Klägers auf die Einreden, welche die Hauptsache betreffen, würde im ordentlichen Verfahren Replik seyn. Von dieser Replik muß man ausgehen, und die einzelnen Bestandtheile der Replik zergliedern, um bestimmen zu können, in welcher Art sie durch das schleunige Verfahren der prozeßhindernden Einreden modificirt werden, oder in wie weit die nöthige vollständige Prüfung der Rechtssache

Abänderungen in dem schleunigen Verfahren hervorbringt. Nur auf diesem Wege ist es möglich, ein reines Resultat zu erlangen.

Bald ist die Sache entschieden, wenn ein durchgreifender, allgemein anwendbarer Schluß vom Executivprozesse auf dieses Verfahren gezogen werden darf; denn es leidet alsdenn keinen Zweifel, daß auch hier kein Vorbringen statt findet, welches nicht auf der Stelle liquid gemacht werden kann. Es kömmt demnach auf die Vorfrage an, ob, und in wie weit die Analogie vom Executivprozesse bey diesem Verfahren gegründet sey?

XXXIX.

Das executive und jenes Verfahren bey prozeßhindernden Einreden kommen darin überein, daß derjenige, welcher es veranlaßt, sich auf liquide Beweise stützen muß, daß die Verfügung des Richters auf das schleunige Verfahren gerichtet ist, und daß in beyden der ganze Streit, ohne etwas weitern Verhandlungen auszusetzen, definitiv entschieden werden kann. — Aber der lezte Punkt macht die Scheidewand zwischen beyden Verfahren.

Bey dem Executivprozesse ist die Hauptabsicht, die Foderung sogleich realisirt und alle Ausflüchte, welche ein weitaussehendes Verfahren (altioris indaginis) erfodern, zur besondern Ausführung (ad separatum) verwiesen zu sehen. Nicht blos die Billigkeit, daß jener ein Recht schleunig erhalte, der es sogleich liquid machen kann, war der Grund zur Einführung dieser privilegirten Prozeßart, sondern vorzüglich die Absicht, den Credit durch eine schleunige Justizpflege zu erhalten. Daher sollten alle Ausflüchte und Gegenfoderungen dem Beklagten zwar nicht benommen seyn, aber ihre Ausführung, wenn sie nicht durch solche liquide Beweismittel unterstüzt werden könnte, durch welche der Kläger die Rechtlichkeit seiner Forderung dargelegt hat, sollte die Execution des sogleich erwiesenen Rechts nicht aufhalten, sondern einer besondern Ausführung, jedoch nach Befriedigung des Klägers, vorbehalten seyn. Möglich ist es, daß bey dem executiven Verfahren zugleich das ganze Recht entschieden wird, ohne etwas für eine besondere Ausführung übrig zu lassen; aber es ist immer nur zufällig, wenn es auch geschieht, und liegt in dem Zwecke des Executivprozesses nicht.

Gerade dieses verhält sich bey den prozeßhindernden Einreden ganz anders. Daß dem Kläger alles Klagerecht abgesprochen werde, dahin geht der Antrag des Beklagten, den er durch liquide Beweise im Wege des schleunigen Verfahrens rechtfertigen will. Er behauptet, den Ungrund der Klage so vollkommen darstellen zu können, daß gar kein Zweifel übrig bleibt, und so schleunig, daß es gar nicht nöthig ist, den Streit durch alle Weitläufigkeiten des ordentlichen Verfahrens durchzuführen. Das schleunige Verfahren wird also hier mit einer vollkommenen Erörterung des Rechts so verbunden, daß zu einer weitern besonderen Ausführung nichts übrig bleibt, die gänzliche Entscheidung des Rechts ist hier wesentlich.

Da nun bey prozeßhindernden Einreden etwas wesentlich ist, was bey dem Executivprozesse nichts wesentliches ausmacht, so folgt sehr augenscheinlich, daß im Verfahren bey prozeßhindernden Einreden durch diesen ganz eigenthümlichen Zweck eigene Grundsätze gebildet werden, welche, soweit diese Verschiedenheit eintrit, von dem Verfahren im Executivprocesse

viel zu sehr abstechen, als daß man von einem auf den andern ohne alle Einschränkung Schlüsse ziehen dürfte.

XL.

Vom Executivprozesse gilt also kein Schluß, so bald es auf Kosten der vollständigen Erörterung des Rechtstreits geschehen würde. Das schleunige Verfahren bey prozeßhindernden Einreden ist dem höheren Zwecke eines Definitivverfahrens, und der dazu nöthigen vollständigen Ueberzeugung vom ganzen Ungrund der Klage untergeordnet — dies ist der erste Grundsatz.

Aus ihm folgt unwidersprechlich, daß der Kläger alles vorbringen darf, ohne dessen Discussion der Richter nicht befugt wäre, die Klage für ganz ungegründet zu erklären, und dieses Vorbringen ist von der Art, es sogleich zu beweisen, durchaus unabhängig. Sey es auch altioris indaginis, der Kläger kann sich doch darauf mit allem Rechte berufen.

Schleuniges Verfahren kann der Beklagte nur unter der Bedingung fodern, wenn er den

ganzen Ungrund der Klage sogleich beroei-sen kann. Sobald also der Kläger dem Vor-bringen des Beklagten Einwürfe entgegen sezt, welche altioris indaginis sind, d. h., welche nur in einer weitläufigern Verhandlung zur Be-urtheilung des Richters reifen können, so ist schon durch sie, auch wenn er sie nicht sogleich liquid machen kann, und eben weil sie altioris indaginis sind, offenbar, daß die Bedingung nicht eintrit, unter welcher allein das schleunige Verfahren gedacht werden kann, nämlich die vollkommene Ueberzeugung vom Ungrund der Klage.

XLI.

Noch fühlbarer wird die Wahrheit meiner Behauptung, wenn man die Folgen des Gegen-satzes erwägt. Wollte man jedes Vorbringen des Klägers für unzuläsig erklären, wenn es nicht schleunig bewiesen werden könnte, so müß-te der Kläger damit entweder ganz, ohne Vor-behalt, abgewiesen werden, oder man müßte ihn damit nur in dieser schleunigen Pro-zeßart abweisen, und ihm sein Recht in beson-derer Ausführung (in Separato) vorbehalten.

Das erste wäre ungerecht; denn wo nicht der Mangel an Beweis, sondern nur der Mangel liquider Beweise den Grund ausmacht, warum ein Anbringen in einer schleunigen Prozeßart unzuläßig ist, da kann es niemals ganz, sondern nur in dieser Verfahrungsart, mit Vorbehalt der besondern Ausführung, verworfen werden; wie man dies bey dem Executivprozesse in Rücksicht der illiquiden Einreden bestättiget sieht.

Das letzte stünde mit der Absicht prozeßhindernder Einreden im Widerspruch. Es soll über das ganze Klagerecht geurtheilt werden, ohne irgend eine weitere Verhandlung oder einen Streit übrig zu lassen; ein Vorbehalt zur besondern Ausführung ist also dabey um so weniger denkbar, als dadurch ein Streit im ordentlichen Prozesse entstehen würde, welchen der Beklagte nicht nur für den Augenblik, sondern für alle Zukunft durch seine prozeßhindernde Einreden entfernen will.

Jedes Vorbringen des Klägers, ohne welches das ganze Klagerecht nicht beurtheilt, und die Klage nicht für ganz ungegründet erklärt, ohne dessen Prüfung die Verhandlung nicht für

vollständig geachtet werden kann, muß zugelassen werden, wenn es auch nicht sogleich liquid gemacht werden kann.

XLII.

Ein so wichtiger und verwickelter Punkt verdient durch ein Beyspiel anschaulicher gemacht zu werden. Einer Klage aus einem Darlehen wird die Einrede der Compensation als prozeßhindernd entgegengesezt, und zum Beweise sich auf eine vom Kläger ausgestellte zwey Jahr alte Schuldurkunde berufen. Der Richter erläßt eine, der jezt eintretenden Verfahrungsart angemessene Verfügung, und der Kläger beruft sich als Replik auf einen Nachlaß der Foderung, welchen er durch Zeugen beweisen will. Gewiß würde der Rechtsbestand der Klage nicht vollkommen geprüft und eine gänzliche Entbindung des Beklagten unmöglich seyn, so lange nicht diese Zeugen abgehört wurden. — Es ist also einleuchtend, daß zu der Zulässigkeit der Repliken ihr schleuniger Beweis gar nicht nothwendig ist.

Sogar der Fall läßt sich denken, daß der Kläger darüber streitet, wem über die Replik die Last des Beweises aufliege, und auch damit

muß er zugelassen werden; er muß vollständiges Gehör mit allen dem erhalten, was er zur Aufrechthaltung seiner Klage anzubringen für nützlich hält, und ohne dessen Discussion der Richter den Ausspruch nicht fällen kann, daß die Klage ungegründet ist.

XLIII.

Sobald die Vollständigkeit der rechtlichen Prüfung nicht in Betrachtung kömmt, so bald muß das Verfahren als ein schleuniges in allen seinen Theilen eingerichtet werden — dies ist der zweyte Grundsatz. Nur durch die Vollständigkeit der Prüfung über das Recht des Klägers ist das Recht des Beklagten auf schleuniges Verfahren in seinen prozeßhindernden Einreden bedingt; es muß daher in allen Punkten, welche auf diese Vollständigkeit keinen Bezug haben, als ein unbedingtes Recht behandelt werden.

Durch diese Grundsätze sind die beyden, hier zusammentreffenden Maximen in eine Vereinigung gebracht, und man muß nur die Hand

lung des Klägers auf den Exceptionssatz des Beklagten nach ihren Bestandtheilen zerlegen, damit man richtig bestimmen kann, unter welchen von beyden Grundsätzen jeder einzelne Theil subsumirt werden muß.

XLIV.

Von einer Kriegsbefestigung, von dilatorischen Einreden, von negativen Einreden, welche die Last des Beweises auf den Kläger wälzen, von Einreden, welche mehr die Form der Klage als das Klagerecht betreffen, von Einreden, welche einen Aufschub der Klage bezielen, kann nach dem, was oben (§. XV.) gesagt wurde, hier keine Rede seyn. Einreden, welche als prozeßhindernde gebraucht werden, müssen zerstöhrliche seyn, das Klagerecht selbst betreffen, und bestehen in einem neuen Vorbringen, dessen Beweis der Beklagte entweder aus den Gesetzen unmittelbar ableitet, oder durch liquide Beweismittel herstellen will.

Bey dem ordentlichen Verfahren bestehet das Vorbringen des Klägers in Ansehung solcher Einreden aus folgenden Theilen: 1) er untersucht den Rechtsgrund und die Zulässigkeit der Einrede, und sezt, wenn es daran mangelt,

die Replik der unstatthaften Einrede entgegen. 2) Die der Einrede zum Grunde liegenden Thatumstände werden von ihm, wie die Klage vom Beklagten beantwortet. 3) Den Einreden sezt er neues Vorbringen, Repliken im eigentlichen Sinne, um sie zu entkräften, entgegen [a]).

Ehe diese drey Punkte geprüft sind, kann der Richter über den Ungrund der Klage nicht urtheilen, die Vollständigkeit der Verhandlung (§. XL.) fodert also, daß der Kläger alles dieses, auch gegen prozeßhindernde Schutzreden vorbringen darf; es sind Vertheidigungsmittel, welche dem Kläger nicht entzogen werden können, sondern welche nur in einem, so weit es möglich ist, schleunigern Verfahren ausgeführt werden sollen.

XLV.

Man kann also nicht zweifeln, daß

1) der Kläger alle Repliken gegen die Rechtlichkeit der Einreden vorbringen darf, besonders, da sie meistens die Folge haben, daß der Beklagte ihren Rechtsbestand gegen den Kläger beweisen muß, und da es die erste Erfoder-

a) Danz §. 200.

niß einer ganz und liquid zerstöhrenden Einrede ist, daß ihrem Rechtsgrund kein erheblicher Einwurf entgegen steht.

2) Von einer Antwort auf das Factum, woraus die Einreden abgeleitet wurden, ist eigentlich keine Frage, weil der Beklagte ihren Beweis ohne weiters übernommen und schleunig zu führen sich erboten hat.

Diese zwey Theile der Replikhandlung kann demnach der Kläger nicht nur ohne allen Zweifel auch hier brauchen, sondern sie ändern auch an dem schleunigen Verfahren gar nichts ab; sie verbinden den Beklagten zum Beweise, daß seine Einreden rechtsbeständig und die ihnen unterlegten Thatumstände wahr sind, welchen er nach der Natur der von ihm behaupteten Verfahrungsart schleunig liefern muß.

XLVI.

3) Alle Repliken im eigentlichen Sinne *), wenn deren dem Kläger gegen die Einreden zustehen, können von dem Verfahren nicht getrennt werden, bey welchem über das ganze

*) Meine Erörter. S. 55.

Klagerecht erkannt werden soll. Der Kläger ist also in jedem Fall, mit und ohne liquiden Beweisen aus dem überwiegenden Grundsatz der Vollständigkeit (§. XL) berechtiget, seine Repliken in dem vom Richter angesezten Termine vorzubringen. Doch steht es bey dem Kläger, über seine Repliken einen schleunigen Beweis zu führen, ja es ist dem ganzen Verfahren angemessen, daß er es thue, wenn er kann.

Hat er nun den Weg der schleunigen Beweise seiner Repliken gewählt, so muß der Beklagte in gleicher Art seine allenfallsige Duplik beweisen. Mangelt es ihm am schleunigen Beweise, so bleibt ihm nichts übrig, als mit Ersatz der dem Kläger bisher verursachten Kosten das schleunige Verfahren aufzugeben, und in den ordentlichen Weg überzugehen, damit er durch seine Einreden erhalte, und durch die dort zulässigen nicht schleunigen Beweismittel erprobe. Eine Strenge, welche den Rechtsgrundsätzen ganz angemessen ist, obgleich seltner davon Gebrauch zu machen seyn wird, weil der Kläger sein Interesse mehr befördert sieht, wenn seine Rechtssache durch die bisherigen Verhandlungen ihrem Ende näher gebracht ist, als wenn durch

ganz neue Verhandlungen die Entscheidung auf lange Zeit hinausgeschoben wird. Indessen bleibt die Sache immer vom freyen Willen des Klä, gers abhängig, und der Kläger kann, wenn er will, rechtlich fodern, daß die Sache in das or, dentliche Verfahren zurükgewiesen werde, sobald der Beklagte keine liquide Beweise für alles das, jenige hat, was zur Ueberzeugung vom vollen Unrecht des Klägers nothwendig ist. Der Klä, ger kann aber auch darauf Verzicht leisten, und bey diesem Verfahren die weitläufigern nicht schleu, nigen Beweise des Beklagten zulassen, ohne daß dem Beklagten erlaubt wäre, gegen den Willen des Klägers in ein neues ordentliches Verfahren abzuspringen, weil die Zurückweisung der Sache in das ordentliche Verfahren wegen dem auf Seite des Beklagten vorhandenen Man, gel liquider Beweise zwar Rechte zum Vortheil des Klägers, aber keine Rechte zum Vortheil des Beklagten auf neue Verhandlung des Rechts, streits hervorbringt (§. XXXIV.).

XLVII.

Bringt aber der Kläger Repliken vor, oh, ne ihren schleunigen Beweis damit zu verbinden, wozu er denn nach dem Grundsatz der Vollstän,

digkeit berechtiget ist (§. XL.), so verbindet er damit entweder den Antrag, daß die Sache in das ordentliche Verfahren zurückgewiesen werde, oder er bringt sie, ohne diesen Antrag zu machen, vor. Im ersten Fall kann der Beklagte dem ordentlichen Verfahren nicht anders entgehen, als wenn er den gänzlichen Ungrund der Repliken durch alsogleich liquide Beweise darzuthun im Stande ist; und kann er dies nicht, so muß der Richter nach dem Antrag des Klägers die Sache in das ordentliche Verfahren zurückweisen. Im lezten Fall nimmt man hingegen mit Grund an, daß der Kläger auf sein Recht, den ganzen Streit von seiner Entstehung an in das ordentliche Verfahren zurükzuführen, Verzicht geleistet, und sich hier in die weitern Verhandlungen eingelassen habe.

Diese weitern Verhandlungen werden so gepflogen, wie die entgegengesezten Repliken es fodern, ohne weitere Rükksicht auf ein schleuniges Verfahren zu nehmen; denn eben dadurch, daß der Kläger ohne besondern Vorbehalt bey diesem Verfahren Handlungen vorgenommen hat, welche weitere Verhandlungen im ordentlichen Wege erfodern, hat er sich hier in die noch übri-

gen Verhandlungen eingelassen, und der ganze Prozeß löset sich nun in ein ordentliches Verfahren für die noch übrigen gerichtlichen Handlungen auf.

Von dem Beklagten wird also auf die Replik duplicirt, es kann zur Triplik und Quadruplik kommen, und durch das Urtheil kann ein ordentliches Beweisverfahren eröffnet werden, welches nach den Grundsätzen des ordentlichen Verfahrens beurtheilt werden muß, weil das schleunige Verfahren erloschen und in das ordentliche Verfahren übergegangen ist.

XLVIII.

In soweit von der Richtigkeit des Factums die Rede ist, worauf der Beklagte seine Einreden gründete, kömmt auch bey diesem Termine die Ausführung des angetretenen Beweises vor.

Dieser muß, so lange nur vom Beweise der Einreden die Rede ist, nach der Natur des schleunigen Verfahrens beurtheilt werden, weil die Eigenschaft liquider Beweise den Grund enthält, aus welchem Einreden zu prozeßhindernden erhöht werden können. Hier ist daher der Grundsatz der

schleunigen Procedur durchgreifend (§. XLIII.) und nach dem Executivprozesse wird die ganze Beweisführung eingerichtet. Dieser Grundsatz ist so gemeingültig, daß ich darauf nur verwesen darf, ohne die, in den classischen Werken über den gemeinen Prozeß schon vorgetragenen Sätze zu wiederholen.

In so ferne aber von dem Gegenbeweise des Klägers die Rede ist, äussert der oben (§. XL.) aufgestellte Grundsatz der Vollständigkeit seine Wirkungen, und begründet grosse Abweichungen von dem Beweisverfahren im Executivprozesse.

XLIX.

Der Kläger ist nämlich berechtiget, im Wege des Gegenbeweises sich aller Mittel zu bedienen, wenn sie auch nicht alsogleich liquid gemacht werden können, sondern eine Ausführung des Beweises nach den Grundsätzen des ordentlichen Verfahrens erfodern. Kann er doch sogar alle Repliken, auch ohne allen Beweis entgegen setzen, wie viel mehr muß ihm der Gebrauch aller Beweismittel erlaubt seyn.

Jedoch tritt auch hierin zwischen dem Gebrauch der Repliken und dem Gebrauch der Be-

weismittel ein nicht unbedeutender Unterschied ein. Durch die Repliken, wenn sie der Beklagte nicht durch liquide Beweise entkräften kann, hat der Kläger immerhin auch ohne Beweis, so viel gezeigt, daß sein Unrecht nicht so offenbar ist, als der Beklagte in der Vorschützung seiner Einreden als Prozeßhindernder behauptete, und darum kann der Kläger schon seiner unwiderlegten, obgleich unerwiesenen Repliken wegen Zurückweisung der Sache in das ordentliche Verfahren fodern.

Allein ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Einreden des Beklagten durch liquide Beweise hergestellt sind, und der Kläger zur Vertheidigung seiner Rechte eine ordentliche Beweisführung braucht. Führen kann er sie, weil sonst der Richter keine vollständige Uberzeugung vom Ungrund der Klage hat (§. XL.); aber eine Verweisung der Sache aus diesem schleunigen in das ordentliche Verfahren kann er keineswegs fodern; denn der Beklagte hat alles geleistet, was ihm nach der erwählten Verfahrungsart oblag, und ein weitläufiger, nur dem Kläger nöthiger Beweis kann die nach erfüllter Bedingung vollendeten Rechte des Be-

klagten auf das bisherige Verfahren keineswegs vernichten.

L.

Noch muß bey diesem Termine der Fall erwogen werden, wenn der Beklagte den Grund seiner prozeßhindernden Einrede unmittelbar aus dem Gesetze entnommen hat, diese also eines Beweises nicht bedarf (§. XXXI. 3.). Daß auch hier dem Kläger rechtliches Gehör verstattet werden muß, ehe man gegen ihn urtheilt, hab ich schon oben bewiesen, und wird durch die vielen Vertheidigungsmittel, deren er sich bedienen kann, noch einleuchtender geworden seyn.

Das Ganze der Verhandlungen in diesem Fall kann nach dem Unterschied sehr leicht beurtheilt werden, ob nur aus Rechtsgründen der Kläger die zerstöhrende Kraft der Einrede bestreitet, oder ob Thatsachen eingemischt werden, von denen die Entscheidung abhängt. Im ersten Fall legen beyde Theile ihre Rechtsausführungen in das Protokoll, und mit der Duplik des Beklagten schliessen sich die Verhandlungen. Im lezten Fall müssen die über die Beweisführung angegebenen Grundsätze in Anwendung gebracht werden.

LI.

D) In dem bisher gelieferten Abriß des Verfahrens wurde vorausgesezt, daß die beyden Theile im Termine erscheinen. Vollständigkeit im Systeme fodert, auch vom Ungehorsam der Partheyen zu sprechen. Die Vereinigung der beyden Maximen, welche bey diesem Verfahren eintreten (§. XL. u. XLIII.) liefert folgendes Resultat:

1) Wenn durch die Handlungen des Klägers das schleunige Verfahren sich in das ordentliche auflößt (§. XLVII. u. XLIX.), so muß der Ungehorsam nach den Grunsäzen des ordentlichen Verfahrens beurtheilt werden. So lange aber der Streit in dem durch prozeßhindernde Einreden des Beklagten begründeten schleunigen Verfahren lauft, wird zwar

2) der Kläger bey jedem Ungehorsam mit der allgemeinen Strafe des Ungehorsams belegt; in Rükficht auf die speciellen Strafen des Ungehorsams müssen aber verschiedene Fälle gesondert werden; und zwar

3) bey dem Beweise durch Augenschein könnte man glauben, die Vorladung des Klägers

sey nach der Natur dieses Beweismittels nur monitorisch *), es könne also mit Einnehmung des Augenscheins ohne weiters fortgefahren, und darauf das definitive Erkenntniß gebaut werden. Allein die Absicht der Vorladung war weitumfassender, als ihre Worte. Der Kläger sollte durch sie in den Stand gesezt werden, seine Rechte im allgemeinen zu vertheidigen (§. XXXII.); da er nun in den beyden andern gleich zu bemerkenden Fällen nicht sogleich mit seiner ganzen Handlung präcludirt wird, so würde es ungerecht seyn, wenn man bey diesem Beweismittel eine grössere Strenge eintreten lassen wollte. In diesem Falle ist also ein neuer Termin mit dem Präjudiz anzusetzen, daß bey dessen fruchtloser Verstreichung der Kläger mit seiner Handlung ausgeschlossen, und mit Einnehmung des Augenscheins vorgeschritten werden solle; welches Präjudiz auch bey fortgesextem Ungehorsam gegen ihn in Vollzug gesezt wird.

4) Bey angetretenem Beweise durch Urkunden wird ein neuer Termin sub poena recogniti angesezt, und bey fortgesextem Ungehorsam werden die Urkunden für anerkannt angenommen.

a) Grolman §. 196. Meine Erörterungen S. 84.

5) War kein Beweis nothwendig, sondern der Termin zur schlüssigen Verhandlung angesezt, so wird der nicht erscheinende Kläger auf einen andern Termin sub poena praeclusi vorgeladen, und mit seiner Handlung bey fortgesextem Ungehorsam präcludirt, worauf ein widriges Erkenntniß gegen ihn gewöhnlich bald ergeht.

6) Bey dem Ungehorsam des Beklagten ist nichts zu bemerken, da es bey den allgemeinen Grundsätzen bleibt, welche im Executivprozesse über den Ungehorsam des Klägers gelten, mit welchem der Beklagte hier in gleichem Verhältnisse steht, da einer wie der andere durch liquide Beweise sein Recht darzulegen verbunden ist.

LII.

E) Abgerechnet die Urtheile über den Incidentpunkt der Zuläßigkeit des Verfahrens über prozeßhindernde Einreden, (§. XXXVI.) kann das nach geschlossenen Verhandlungen erfolgende Urtheil nur als ein Endurtheil *) betrachtet

a) Daß ein Erkenntniß auf Beweis auch einem Endurtheil gleich geachtet werden muß, ist unbestritten. Weil übrigens, wenn der Beklagte verurtheilt wird, das Urtheil nicht dahin ge-

werden. Aber auch dieses hat viel Eigenthümliches an sich, das eine besondere Bemerkung verdient.

1) Von dem Urtheil im Executivprozesse unterscheidet es sich in dem, daß bey diesem alles was ein weitläufiges Verfahren erfodert, und nicht sogleich liquid gemacht werden konnte, zur besondern Ausführung vorbehalten wird; wogegen bey dem Urtheil über prozeßhindernde Einreden eine Verweisung ad separatum mit dem Geiste des Verfahrens im Widerspruch stehen würde, weil über den ganzen Grund oder Ungrund der Klage erkannt werden muß (§. XL.).

2) Bey dem Executivprocesse kömmt nur ein vollständiger Beweis in Betrachtung, auf einen Eyd, um einen unvollkommenen Beweis zu ergänzen oder zu vernichten, wird nicht erkannt. Hingegen bey dem Verfahren über prozeßhindernde Einreden muß gänzlich über den Grund oder Ungrund der Klage geurtheilt werhen kann, daß er auf die Klage sich einzulassen verbunden sey, so kann auch im Gegensatz, wenn für den Beklagten erkannt wird, von der Einlassung keine Rede seyn, sondern er wird von der Klage losgesprochen. (§. XXIV.)

den, ist also der Beweis unvollständig, so findet ein Erkenntniß auf den Erfüllungs, oder Reinigungseyd statt.

3) Der Beweis des Beklagten bey prozeßhindernden Einreden ist ein anticipirter Beweis, weil er angetreten wurde, ehe ein Interlocut auf Beweis ergangen war. Stellt daher der Beklagte den Beweis nicht her, so kann er nicht sogleich verurtheilt, sondern es muß erst auf bessern Beweis erkannt werden a), und dies um so mehr, als derselbe bey prozeßhindernden Einreden im Anfange sich nur jener Beweismittel bedienen konnte, durch welche ein schleuniger Beweis hergestellt wird, folglich es sehr leicht denkbar ist, daß er durch andere, nicht schleunige, Beweismittel den Ungrund der Klage darthun kann. In diesem Fall den ganzen Prozeß im ordentlichen Verfahren erneuern, somit zum ordentlichen Verfahren ganz zurückweisen, würde nichts, als eine zwecklose Vervielfältigung der Dinge seyn, und es wäre mit dem Staatsbesten nicht vereinbar, wenn eine schon soweit mit allen Gründen verhandelte Sache in einen ganz neuen Prozeß eingeleitet

a) Meine Erörterungen S. 166.

werden sollte, bey welchem unter nur wenig veränderten Formen das, was bisher verhandelt war, wiederholt würde.

LIII.

F) Was endlich die Rechtsmittel gegen die in diesem Verfahren ergangenen Urtheile angeht, so unterscheide ich, ob das Urtheil die Zulässigkeit des schleunigen Verfahrens oder die Hauptsache entscheidet.

Gegen das erste ein Rechtsmittel zu ergreifen, scheint mir auf keinen Fall räthlich zu seyn, wenn es auch nach strengem Rechte behauptet werden könnte; denn der Beklagte, dessen Wunsche nicht willfahrt wurde, stünde gewissermassen mit sich selbst im Widerspruch. Um den Weitläufigkeiten des ordentlichen Verfahrens zu entgehen, hat er seine Einreden als prozeßhindernd vorgeschüzt, und nun würde er zu diesem Zwecke die Weitläufigkeiten des Appellationsverfahrens als Mittel gebrauchen! — Der Kläger verliehrt durch das schleunige Verfahren bey prozeßhindernden Einreden gar nichts, er kann alle seine Repliken, seine Beweise wie im or-

dentlichen Verfahren brauchen; er kann also niemals eine Verletzung darthun, ohne welche eine Appellation nicht denkbar, immer aber unnöthig ist.

Das Urtheil in der Hauptsache unterscheidet sich von dem Urtheil, wie es im ordentlichen Verfahren ergehet, gar nicht, es können also gegen dasselbe alle Rechtsmittel gebraucht werden.

IX.

Vorsichtsregeln über das Verhalten des Richters, wenn er die Zeugen vor ihrer Vernehmung an den streitigen Ort führt.

Zu Danz §. 300.

I.

Eine ganz eigene Vorsicht bey dem Zeugenbeweise haben die Gesetze zur Basis ihrer Verordnungen angenommen. Allenthalben blikt aus ihnen die Aengstigkeit und das Mißtrauen hervor, bald fürchten sie Collusion, bald Subornation, bald Suggestion; sie glauben bey einem von der allgemeinen Moralität so abhängigen Beweismittel nicht behutsam genug zu Werke gehen zu können. Deßhalb fodern sie eine feyerliche Vereydung in Gegenwart der Partheyen, sie bestimmen, daß jeder Zeuge allein und in Abwesenheit der Partheyen vernommen werde, sie befehlen, daß der Richter und die

Zeugen vor Eröffnung des Zeugenrotels die Aussagen den Partheyen geheim halten, sie ordnen eine Verkündigung des Zeugenrotels an, welcher sie besondere Wirkungen beylegen u. d.

Von diesem Standpunkt darf sich der Richter in keiner seiner Handlungen und in keinem Verfahren entfernen. Hieraus bilden sich besondere Vorsichtsregeln für das Verhalten des Richters bey Vollführung des Zeugenbeweises.

II.

Manchmal ist ein Beweismittel so beschaffen, daß der Richter die Zeugen an den streitigen Ort selbst führen und sie dort vernehmen muß, wenn es nämlich auf die Lage ankömmt, und die Zeugen, ohne den Gegenstand des Streits vor Augen, oder wenigstens ihre Kenntniß durch genommene Einsicht wieder lebhaft gemacht zu haben, keine bestimmte Aussage machen können.

Den Partheyen kann nicht verwehrt werden, dabey zu seyn, wenn der Richter den Zeugen die Sache selbst vor Augen (rem praesentem) legt, und diese mit den streitigen Punkten, worüber

sie deponiren sollen, genau bekannt macht, ja man kann den Partheyen die Befugniß nicht versagen, die Zeugen auf die Gegenstände, worauf es ihnen eigentlich anzukommen scheint, und woran ihnen gelegen ist, besonders aufmerksam zu machen, oder Umstände, die sich an dem oder jenem Orte ergeben haben, in ihr Gedächtniß zurückzurufen.

Nur muß alles dieses so geschehen, daß nicht nur der Richter gegen alle geheimen Handlungen zwischen Partheyen und Zeugen ein wachsames Aug habe, sondern auch, daß nichts geschehe, was den Bestimmungen der Gesetze über Vernehmung der Zeugen im Allgemeinen zuwiderläuft.

Offenbar würde aber so etwas vorgehen, wenn bey der Einweisung der Zeugen diese so gleich ihre Aussagen in Gegenwart der Partheyen machten. Denn so gut die Zeugen nur nach Entfernung der streitenden Theile vernommen werden dürfen, damit eines Theils ihnen bey Ablegung der Zeugschaft kein Zwang angethan wird, und andern Theils ihre Aussagen den Partheyen nicht bekannt und diese zu einer Sub-

ornation der Zeugen nicht verleitet werden, eben so gut muß auch hier der Richter schon im Voraus verhüten, daß die Zeugen bey ihrer Einweisung ihre Aussage nicht ablegen, was sehr leicht durch Aeusserungen eines manchmal vorlauten und übereilten Zeugen geschehen könnte.

Der Richter muß daher diesem Mangel zuvorkommen, und ehe er die Zeugen im Beyseyn der Partheyen in rem praesentem führt, den Zeugen die besondern Pflichten, welche ihnen die gegenwärtige Lage der Sache auflegt, bekannt machen, und deren Erfüllung ihnen bey ihrem geleisteten Zeugeneyde einschärfen.

III.

Die Verhaltungsregeln, welche er in einem solchen Falle den Partheyen und Zeugen vorschreiben und selbst befolgen muß, bestehen darin:

1) Den Partheyen und Zeugen wird alle heimliche Unterredung, alles Zuflüstern, Winke u d. verbothen; die Einweisung der Zeugen in rem praesentem ist eine gerichtliche Handlung, und diese schließt alle heimliche Schritte aus. Weder unter Wegs noch auf dem Platze darf so

etwas geduldet werden; noch weniger darf der Richter sich selbsten so etwas gegen eine Partey oder einen Zeugen erlauben.

2) Der Richter gibt den Zeugen die Instruction, auf alles, was zu ihrer Aufklärung für eine bestimmte Aussage beyträgt, aufmerksam zu seyn, und sich alles das, was ihnen als wichtig ausgezeichnet wird, und was sie beobachten, genau zu bemerken; jedoch muß ihnen dabey

3) auferlegt werden, daß sie über dasjenige, was sie wissen, und aussagen können, gar nichts äussern, ehe sie der Richter darüber fragen wird; daß sie sich also aller Widersprüche oder Bejahungen derjenigen Punkte enthalten sollen, welche ihnen die Partheyen vorhalten werden. Auch

4) muß ihnen verboten werden, mit ihren Mitzeugen Unterredungen zu pflegen, oder an sie Aeusserungen zu machen, welche auf den Inhalt ihrer künftigen Aussage schliessen lassen.

IV.

Das Verfahren an Ort und Stelle fängt der Richter damit an, daß er den Zeugen die

Gegenstände, worin die Partheyen uneinig sind, und worüber die Beweisartikel gestellt sind, so auszeichnet, wie es der Zweck dieser Vorbereitung fodert; er muß ihnen sagen, was für Umstände, welche auf Localitäten sich beziehen, der Kläger behaupte, und welche Behauptungen der Beklagte entgegen stelle, der Richter muß, wenn ein Platz in einen geometrischen Grundriß gelegt war, denselben mit zur Stelle nehmen, und den Zeugen den Begriff von dieser geometrischen Darstellung des Platzes anschaulich machen, damit er bey dem Verhörprotokolle sich auf diesen Grundriß beziehen kann.

Hierauf stehet beyden Partheyen frey, ebenfalls durch ihre Aufklärungen die Zeugen in den Stand einer ganz bestimmten Aussage zu setzen, sie an manche Umstände u. d. zu erinnern, nie aber darf der Richter den Partheyen eine Frage an die Zeugen [oder diesen ihre Beantwortung erlauben, auch müssen diese Aufklärungen von den Partheyen so öffentlich, wie eine jede andere gerichtliche Handlung, gegeben werden.

Ueber die vom Richter ausgezeichneten Punkte, worauf die Zeugen ihre Aufmerksamkeit besonders richten sollen, so wie über die von den Partheyen über ihre Behauptungen der Zeugen gegebene Aufklärungen führt der Richter ein Protokoll.

Hierauf werden die Partheyen entfernt, und die Zeugen, einer nach dem andern ordnungsmäßig vernommen.

X.

Warum, und in wie ferne hat eine Widerklage gegen eine Widerklage nicht statt?

I.

Unter die bekannten Rechtsaxiomen gehört der Satz: reconventio reconventionis non datur; dessen Grund und Einschränkungen ich hier angeben will. Nimmt man nur den Satz vor Augen, daß die Rechte der streitenden Theile gleich sind, so wird man geneigt, dem Kläger das Recht zuzugestehen, daß auch er eine neue Widerklage vorbringen könne, wenn der Beklagte eine Widerklage vorbrachte. Allein, da der Kläger das Recht hat, bey Anstellung der Klage mehrere Klagen zu cumuliren, so leistet er auf das Recht eines gemeinsamen Prozesses Verzicht, wenn er eine Klage anstellt, ohne die Klage damit zu verbinden, welche er nachher in Form einer Widerklage in einen Rechtsstreit vereinigen wollte, und er kann zu einem Rechte

nicht mehr den Rüktrit nehmen, auf das er einmal Verzicht leistete. Aus dieser Ursache ist der Satz: reconventio reconventionis non datur, als Regel gar keinem Zweifel unterworfen.

II.

Nur bey wahren konnexen Sachen nehmen die Praktiker eine Ausnahme von dieser Regel an *); aber es lohnt der Mühe, den Grund dieser Einschränkung aufzusuchen, um hiernach selbst einen Masstab aufzufinden, wornach man beurtheilen kann, was hier eigentlich unter konnexen Sachen verstanden werde. Unter diesen kann nichts begriffen seyn, als Gegenforderungen, welche aus dem Geschäfte entspringen, welches den Gegenstand der Widerklage ausmacht, und zur Widerklage in dem Verhältnisse stehen, wie eine directe und konträre Klage. Der Grund, warum hier erst bey der Replik eine Widerklage gegen die Widerklage des Beklagten erlaubt ist, kann nur darin liegen, daß, wenn einmal der Beklagte ein Geschäft zum Gegenstand der Widerklage macht, er sich auch gefallen lassen muß, daß alle Rechts-

*) Danz ordentl. Prozeß §. 469.

verhältnisse zwischen ihm und dem Kläger in Beziehung auf dieses Geschäft auseinander gesezt werden; ein Grund welcher die Ausnahme und ihre Beschränkung zugleich beweiset. Dies ist der einzige Fall, wo der von Ludolf aufgestellte Unterschied zwischen einer Widerklage und zwischen Gegenfoderungen rechtliche Folgen hervorbringt, dessen Ungrund sonst Robert a) sehr überzeugend dargethan hat.

a) De non - usu practico distinctionis inter mutuam petitionem et reconventionem in carnere Imperiali. Wezlar 1782. 4.

XI.

Verschiedenheit der beyden Maximen, auf welche eine jede Prozeßordnung berechnet seyn kann, erläutert durch eine Vergleichung des gemeinen deutschen Prozesses mit der neuen königlich preussischen Prozeßordnung.

I.

Aus dem Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate hab ich einen Grundsatz entwickelt, auf welchem ein jedes gerichtliche Verfahren in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in den verschiedensten Prozeßarten und in allen Theilen berechnet seyn muß: ich habe gezeigt, daß der gemeine deutsche Prozeß darauf berechnet ist, und diese Untersuchung hat einen nicht unbedeutenden Gewinn an practischen Wahrheiten geliefert a) Allein dieser allgemeine Grundsatz gibt noch keinen Aufschluß über die Art und Weise, Verhandlungen eines Rechtsstreits ein-

a) Oben Abhandl. VI.

zuleiten, auch die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens muß auf einem allgemeinen Grundsatz ruhen, und dieser allgemeine Grundsatz muß mit reinen Vernunftsätzen übereinstimmen.

Wenn man die fremdartigen Quellen betrachtet, aus welchen der gemeine Prozeß abgeleitet wird, wenn man das sonderbare Gemische von Verordnungen des römischen und kanonischen Rechts, von deutschen Gesetzen und von Gerichtsgebrauch überblikt, wenn man bedenkt, daß besonders das römische und kanonische Recht so selten ein ganzes Gebäude von Grundsätzen, wie sie wissenschaftlich entwickelt werden müssen, aufstellte, sondern größtentheils aus Entscheidungen einzelner Fälle ohne Zusammenhang besteht, so sollte man beynahe die Hoffnung aufgeben, diese fremdartigen Theile unter den Grundsatz der Einheit zu bringen, und man sollte beynahe fürchten, daß durch solche Untersuchungen mehr niedergerissen, als aufgebaut würde.

Hielte der gemeine deutsche Prozeß diese Prüfung nicht aus, ruhte er nicht auf einem allgemeinen und richtigen Grundsatz, wäre er nichts als ein buntes Gemische von willkühr-

lich und durch Zufall zusammengefügter Sätze, so wäre sein Verfall Gewinn für uns Deutsche, und die Untersuchung hätte immer einen Vortheil gehabt, wenn sie uns auch nur gezeigt hätte, daß der Prozeß, das nothwendige Mittel zur Vertheidigung unserer Rechte, mit wesentlichen Mängeln behaftet sey. Allein zum Glücke für jene, welche sich in eine neue Prozeßordnung nicht leicht hineindenken würden, sieht es so schlimm nicht aus, und bey einer genauen Nachforschung zeigt sich, daß der gemeine Prozeß auch in der Ordnung des Verfahrens auf eine richtige Maxime berechnet ist.

II.

Die Untersuchung dieser Maxime wird uns nicht nur in den Stand setzen, das ganze Verfahren aus dem wahren Standpunkt zu überschauen, und den Grund vieler einzelner Wahrheiten einzusehen, sondern sie macht sogar für jede Verbesserung der Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren die Grundlage aus, und nur durch sie können wir erkennen, wodurch der Prozeß nach der Königlich preussischen Prozeßordnung von dem gemeinen Prozeß nach dem Geiste des Ganzen sich unterscheidet.

Ich halte es schon für einen hinreichenden Gewinn, wenn auch diese Untersuchung nichts, als diesen Unterschied vollkommen darstellte, denn die Meisterwerke, welche dieser Staat in der Gesetzgebung zu unsern Zeiten geliefert hat, verdienen die Aufmerksamkeit jedes denkenden Mannes, und der Geist, welcher den preussischen Prozeß beseelt, verdient näher gekannt, und mit dem gemeinen Prozesse verglichen zu werden *a*). Nur hierdurch kann man die Vorzüge eines oder des andern abwägen, und sich überzeugen, daß der gemeine deutsche Prozeß nicht der einzig mögliche sey, daß nicht blos durch einzelne Verordnungen manchem Uebel gesteuert

a) Man würde den Werth der preussischen Gerichtsordnung sehr mißkennen, wenn man ihre Verschiedenheit vom gemeinen deutschen Prozesse nur in einzelnen Verordnungen, Beschränkungen der Termine u. d. setzen wollte. Auch seine Theile sind einzeln betrachtet schön, aber den Werth des Ganzen kann man nur dann gebührend schätzen, wenn man in den Geist der Prozeßordnung eingedrungen ist; viel zu wenig hat daher der Verfasser der: Gesichtspunkte über ein Privilegium des Nicht-Appellirens an die deutschen Reichsgerichte für die Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth, 1800. 8., darüber gesagt.

werden kann, und daß zwey wesentlich verschiedene Wege doch zu einem Ziele führen.

Es sollen daher die verschiedenen Maximen entwickelt werden, auf welche eine jede Ordnung des gerichtlichen Verfahrens berechnet seyn kann, hierauf werde ich sie mit ihren Folgen durch eine Vergleichung des gemeinen deutschen Prozesses mit dem preussischen erläutern.

III.

Ohne Auffoderung des vom Staate zu leistenden Schutzes wider bürgerliche Rechtsverletzung (Klage) gegen einen, welcher die Rechte verlezt (Beklagter) läßt sich kein Rechtsstreit denken. Klage ist daher ein wesentlicher Bestandtheil jedes Prozesses, und der Satz: wo kein Kläger ist, da ist kein Richter, ist eine unabänderliche Wahrheit für jede mögliche Prozeßordnung a). Hat nun ein Theil geklagt, und der andere leistet nicht freywillig das, was der eine fodert, so kann der Schutz vom Staate nicht eher ertheilt werden, bis entschieden ist, wer Recht hat. Recht besteht in der Uebere-

a) Siehe unten Abh. XIII. §. 9.

stimmung mit dem Gesetze, folglich muß dem Schutze des Staats eine Untersuchung vorausgehen, welche aus zwey Theilen besteht, erstens welches die eigentlichen Merkmale des Factums sind, über welche der Richter die Rechte unter den streitenden Theilen bestimmen soll, zweytens ob diese Merkmale identisch seyen mit den Merkmalen des im Gesetze entschiedenen Falles.

Das lezte ist Sache der Reflexion, bey welcher ein Spielraum für die Willkühr der Partheyen nicht gedacht werden kann, sie ist vom Vorbringen der Partheyen unabhängig, und richtet sich blos nach den unabänderlichen Gesetzen eines Vernunftschlusses. Ganz andere Rücksichten treten bey dem ersten ein; jeder kann auf seine Rechte Verzicht leisten, also ist hier ein grösserer Spielraum für die Willkühr der Partheyen denkbar, und der Richter hängt zum Theil von dem Vorbringen der Partheyen ab. Was der Kläger behauptet, und der Beklagte eingesteht, das muß der Richter für wahr annehmen, ohne sich übrigens um die Wahrheit des Eingeständnisses zu bekümmern. In dieser Rücksicht muß der Richter erst von der Wahrheit des Factums überzeugt seyn, welches er unter

das Gesetz subsumiren will. So lange nun der Richter nicht beyde Theile darüber gehört hat, so lange kann er nicht mit Gewißheit sagen, daß er ganz jene Merkmale des Factums, woraus die Rechtsverhältnisse unter den streitenden Theilen bestimmt werden sollen, unter das Gesetz subsumire, Vernehmung der Partheyen und andere gerichtliche Handlungen sind also zur Prüfung des Factums, welches den Streit ausmacht, nothwendige Mittel.

IV.

Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines Factums, auf welchem die Anerkennung des Rechts einer Parthey ruht, ist also wesentliche Bedingung einer jeden Entscheidung, und wenn man sich diese Ueberzeugung selbst als einen untergeordneten Zwek denkt, so lassen sich aus reinen Prinzipien zwey Wege denken, welche, ihrer wesentlichen Verschiedenheiten ungeachtet, zum nämlichen Ziele führen.

Man kann in allen Theilen des Verfahrens von dem Satze ausgehen, daß jeder Bürger mit seinen Rechten nach freyer Willkühr zu schalten befugt ist, und daraus die Folge abziehen, daß der Staat nur dann schüzt, wann der

Schutz reclamirt wird, nur dasjenige, was man als das Seine anspricht, nur so, wie man geschüzt zu werden begehrt, und daß der Richter nur jene Mittel braucht, wodurch man die Anerkennung seines Rechts erwirken will. Hier wird der Grundsatz, daß es kein Verfahren von Amtswegen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gebe (judex ex officio non procedit), nicht nur wirksam in Rücksicht auf das Entstehen, eines Rechtsstreits (§. III), sondern er wird allgemeine Maxime für alle Theile des ganzen Verfahrens vom Anfang des Rechtsstreits bis zu seinem Ende; hier ist jeder Schritt des Richters, hier ist das gerichtliche Verfahren in jedem seiner Theile bestimmt und bedingt durch das Vorbringen der Partheyen. So lange nicht die Gültigkeit des Verfahrens nach jenem, was die Natur der Sache oder das positive Recht zu wesentlichen Bestandtheilen eines Prozesses gerechnet hat, darunter leidet, ist die Thätigkeit des Richters bedingt durch das Vorbringen der Partheyen. Der Richter verhängt keine Strafe des Ungehorsams ohne vorhergehende Anschuldigung: er kann auf keine andere Beweismittel Rüksicht nehmen, als welche der Beweisführer angegeben hat; er ist im ganzen Laufe des Prozesses

nur thätig, wo ihn das Vorbringen der Partheyen in Bewegung sezt, und er ist im Ganzen, wo es nicht der Subsumtion unter das Gesetz allein gilt, sondern wo es auf Thatsachen ankömmt, eingeschränkt auf das Vorbringen der streitenden Theile. Nichts von Amtswegen ist hier die allgemeine Maxime, welche, nur wenige Ausnahmen abgerechnet, für das ganze gerichtliche Verfahren in allen seinen Theilen aufgestellt wird, und welche man die Verhandlungsmaxime nennen kann, weil alles von dem Vorbringen der Partheyen, oder von ihren Verhandlungen abhängt.

V.

Eine positive Gesetzgebung kann auch von dem Grundsatz ausgehen, daß der Staat, wenn der verlezte Theil seinen Schutz reclamirt, unmittelbar auf die Mittel wirkt, ohne welche dieser Zweck nicht gedacht werden kann, daß sie demnach es dem Richter zur Pflicht macht, alles von Amtswegen vorzukehren, wodurch die Merkmale des Factums, welches einem Processe zum Grund liegt, nach dem gesezlichen Grade als gewiß hergestellt werden. Hier geschieht nach angebrachter Klage Alles von Amts-

wegen, dieses ist die allgemeine Maxime, welche bey diesem Prozesse für das ganze Verfahren, in allen seinen Theilen, nur wenige Ausnahmen abgerechnet, aufgestellt wird; bey ihr gehet alles den Weg einer richterlichen Untersuchung, man kann sie daher die **Untersuchungsmaxime** nennen.

VI.

Für jede dieser beyden Maximen lassen sich aus der Natur der Sache so viele Gründe anführen, daß jede derselben mit dem Zwecke der richterlichen Gewalt sehr gut übereinstimmt, und es ist Irrthum, wenn man die Verhandlungsmaxime für die Einzige ausgibt, auf welche eine Ordnung des gerichtlichen Verfahrens berechnet seyn kann; jede dieser beyden Maximen ruht auf hinreichenden Gründen, aber keine von beyden schließt die andere aus.

Wahr ist der Satz, daß jeder über sein Eigenthum nach freier Willkühr schalten kann, und der Staat handelt consequent, wenn er in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens, in Mitteln wie im Zwecke, erst abwartet, ob — und wie der andere geschützt zu werden verlangt,

und wenn er es den streitenden Theilen überläßt, alle Mittel anzugeben, von welchen sie die Anerkennung ihres Rechts abhängig machen wollen — der Staat hat also in der Verhandlungsmaxime, welche auf diesen Grundsätzen ruht, nichts aufgestellt, was den Vernunftsätzen widerspricht.

Wahr ist aber auch der Satz, daß derjenige, welcher einen Rechtsstreit der Entscheidung des Richters unterwirft; durch eine sehr concludente Handlung erklärt, daß er sein Recht nicht aufgeben wolle. Die richterliche Gewalt im Staate fließt aus dem wesentlichen Zwecke des Staats, und wenn der Staat verbunden ist, Schutz gegen Rechtsverletzungen zu ertheilen, so kann er es dem Richter auch zur Pflicht machen, nach geschehener Auffoderung durch eine Klage, alle Mittel von Amtswegen anzuwenden, ohne welche dieser Zweck nicht erreicht werden kann, folglich nach angebrachter Klage die Merkmale des Rechtsstreits zu untersuchen; also läßt sich auch die Untersuchungsmaxime aus der Natur des Staats deduciren.

VII.

Wichtige Einwürfe gegen diese Maxime macht Grolman, da er nicht nur die Be-

fugniß, über sein Eigenthum zu schalten, als Hauptgrundsatz im Prozesse aufstellt, und daraus die Folge zieht, daß es kein Verfahren gebe, ausser veranlaßt und in allen seinen Theilen bestimmt durch die Erklärung (das Vorbringen) des Fodernden, und daß zwar nicht in Ansehung der Kraft der Prüfungsmittel, aber doch in Ansehung des Gebrauchs derselben ein grosser Spielraum für die Willkühr der Partheyen sey a), sondern da er sich noch näher bey der Frage von der Beweislast dahin äussert:

„Der Richter hat nicht die Verbindlichkeit, sich „selbst unaufgefodert Gründe zum Beweise aufzusuchen, denn sobald nur etwas wirklich unter „den Partheyen streitig ist, muß der Beweis „als die Bedingung des anzuerkennenden Rechtes betrachtet werden, und: von Amtswegen „beweisen, wäre eben so viel, als: von Amtswegen Rechte anerkennen, deren Existenz doch „von dem Willen dessen abhängt, für welchen „sie anerkannt werden sollen" b).

Allein, wenn man sich in einem Staate eine positive Gesetzgebung denkt, welche dem Richter

a) a. a. O. §. 78.

b) a. a. O. §. 80.

es zur Verbindlichkeit macht, die Merkmale eines Rechtsstreits zu untersuchen, so bald sein Schutz aufgefodert wird, so überzeugt man sich bald, daß diese Einwürfe nicht unauflösbar sind; sie beweisen zwar, daß ohne Voraussetzung einer positiven Gesetzgebung der Richter nicht verbunden sey, in Rechtsstreitigkeiten von Amtswegen zu handeln, aber sie beweisen nicht, daß es der Natur der Sache und dem Staatszwecke widerspreche, wenn durch eine positive Gesetzgebung dem Richter diese Verbindlichkeit aufgelegt wird.

VIII.

Der erste Einwurf kann durch die Betrachtung gehoben werden, daß ein jeder, welcher den Schutz des Staats reclamirt, und seine Rechte bey Gericht vertheidigt, durch eine ganz bindende Handlung erklärt, daß er sein Recht nicht aufgeben wolle; der Staat handelt also ganz konsequent, wenn er von dem Satze ausgeht, daß ein streitender Theil alle Mittel wolle, welche zu seinem Zwecke führen. So bald demnach der Staat nach angestellter Klage dem Richter die Untersuchung der Merkmale eines Rechtsstreits zur Verbindlichkeit macht, und hiernach die Theile des gerichtlichen Verfahrens bestimmt,

so handelt er der Grundabsicht aller streitenden Theile gemäß, und diese willigen durch die Führung eines Rechtsstreits schon zum Voraus und im Allgemeinen in alle Mittel, welche zur Erreichung dieses Endzweks nothwendig sind.

Auch der zweyte Einwurf wird gelöst, wenn man bedenkt, daß bey der Verhandlungsmaxime nur zunächst die Aufsuchung dessen, woraus die Rechte unter den streitenden Theilen vom Richter entschieden werden sollen, von ihm abhängig gemacht wird, ohne darum die streitenden Theile von der Verbindlichkeit, die Mittel anzugeben, woraus der Richter von der Wahrheit ihrer Behauptungen sich überzeugen kann, ganz zu befreyen. Aus dieser Ursache wird gegen denjenigen gesprochen, dessen Recht nur in Voraussetzung der Wahrheit eines Umstands anerkannt werden kann, wenn weder die vom Richter von Amtswegen eingeschlagenen Mittel, noch jene, welche der behauptende Theil dem Richter angab, die Ueberzeugung hervorbrachten, oder wenn es an allen Mitteln der Ueberzeugung mangelte, weil dem Richter keine bekannt waren, und der behauptende Theil solche Mittel anzugeben unterließ. Sehr gut hängt es mit den Ver-

nunftsätzen zusammen, daß nach aufgefodertem Schutz des Staats das Richteramt die Erforschung der Wahrheit, als des Mittels zum Zwecke zu seiner Sache macht, und ganz im Wege der Untersuchung bis zum Ziele fortschreitet.

IX.

Zieht man sogar die Erfahrung zu Rath, so findet man zu allen Zeiten und unter verschiedenen Nationen Ordnungen des gerichtlichen Verfahrens, oder Verfassungen der Gerichte, woraus mit unverkennbaren Zügen hervorleuchtet, daß sie auf die Untersuchungsmaxime berechnet sind. Was war wohl das Verfahren bey den alten öffentlichen Gerichten in Deutschland, was war der in Baiern zwar nicht mehr übliche, aber gesetzlich noch nicht abgewürdigte ordentliche Prozeß, wo bey offenen Thüren artikelsweise das ganze Verfahren eingeleitet wurde, was waren die bey den Parlamenten in Frankreich ehemals üblichen öffentlichen Verhandlungen? Wer kann den Geist der Untersuchung in dem Gerichte der Geschwornen (the Iury) in Grosbritanien, und in dem Civiltribunale im dermaligen Frankreich mißkennen?

Die wichtigste aller Erscheinungen dieser Art ist aber unstreitig die neue königlich preussische Prozeßordnung a), welche ein ganzes wissenschaftliches Gebäude ist, das auf die Untersuchungsmaxime berechnet wurde, und dessen Abweichungen von dem gemeinen Prozesse in Deutschland nur aus dieser Maxime richtig beurtheilt werden können.

X.

Es kann daher zwey verschiedene allgemeine Arten des gerichtlichen Verfahrens geben, es kann entweder auf die Verhandlungsmaxime berechnet seyn, dies ist der Fall bey dem gemeinen Prozesse in Deutschland, es kann aber auch auf der Untersuchungsmaxime ruhen, und dieses finden wir bey dem preussischen Prozesse; jede dieser beyden Maximen läßt sich aus Vernunftgründen rechtfertigen, keine ist die ausschließend denkbare und rechtmässige, obgleich eine vor der andern als Mittel dem Zwecke mehr entsprechen und hierdurch den Vorzug verdienen kann. Man darf also nicht

a) Allgemeine Gerichtsordnung in den preussischen Staaten. Erster Theil Proceßordnung. Berlin, 1795. 8.

eine von beyden Maximen für die einzig mögliche halten, nach ihr allein die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens angeben, und jedes andere Verfahren für tümultuarisch erklären, wo man nicht alles antrift, was nur als Eigenheit einer dieser Maximen betrachtet, und zum allgemeinen Bestandtheil alles gerichtlichen Verfahrens nicht erhoben werden muß.

XI.

Ehe ich in das Detail der verschiedenen Folgen gehe, welche aus diesen beyden Maximen für alle Theile des gerichtlichen Verfahrens entspringen, will ich zuerst allgemeine Betrachtungen über die Verschiedenheit derselben anstellen. 1) Bey dem auf Verhandlungen berechneten Prozesse gilt der Grundsatz, daß der Richter nichts thut, als veranlaßt durch das Vorbringen einer Parthey, nicht blos im Ausbruch des Rechtsstreits, sondern bey dem ganzen Laufe eines Prozesses; bey dem auf die Untersuchungsmaxime berechneten Prozesse handelt der Richter, sobald er durch die Klage aufgefodert ist, immer von Amtswegen, dort thut er Nichts — hier Alles von Amtswegen. 2) Bey der ersten Art des Verfahrens sind Handlungen der

Partheyen Bedingung, auf welche die Thätigkeit des Richters überhaupt und insbesondere in den Mitteln eingeschränkt ist, woraus er die Ueberzeugung von den Merkmalen schöpfen will; bey der zweyten sind sie nur ein Beförderungsmittel, wodurch die Untersuchung des Richters erleichtert wird; er ist also dort an das Vorbringen der Partheyen gebunden, hier hat er kein anderes Gesetz als das der Zweckgemäßheit, ohne von dem Vorbringen der Partheyen abzuhängen. 3) Bey der ersten Art sind die Partheyen das zunächst (principaliter) handelnde Subjekt, bey der zweyten ist es der Richter. 4) Dort verhandeln und beweisen die Partheyen, hier untersucht der Richter: dort kann er keine Urkunde, keinen Zeugen beyziehen, um daraus die Wahrheit zu erforschen, wenn sich der Beweisführer nicht darauf berufen hat; hier kann er alle Mittel gebrauchen, durch welche er Ueberzeugung zu erlangen hofft, so bald ihn nicht seine Wissenschaft als Privatperson, sondern so bald ihn der Streitgegenstand, die Erzählungen der streitenden Theile, die Aeusserungen eines Zeugen, der Inhalt einer Urkunde u. d. auf etwas hinweisen.

XII.

Man darf sich indessen nicht wundern, wenn man einem jeden Prozesse, der auf eine dieser beyden Maximen berechnet ist, Grundsätze beygemischt sieht, welche der andern Maxime zukommen, wenn z. B. der gemeine Prozeß den Satz aufstellt, judici non concluditur, judici fit probatio, um ihm Rechte einzuräumen, wo er vom Vorbringen der Partheyen nicht abhängt, oder wenn der preussische Prozeß die Folgen des Geständnisses a), verabsäumter Termine, des Widerspruchs im Vorbringen einer Parthey u. d. aus dem Gesichtspunkte ableitet, daß jeder auf sein Recht Verzicht leisten kann; denn der Prozeß ist immer ein sehr zusammengesezter Gegenstand, und bey ihm treten in vielen Fällen so verschiedene Rücksichten ein, daß nach dem obersten Gesetze der Zweckgemäßheit öfters nothwendig wird, die Bestimmungen nach einer oder der andern Rücksicht zu machen.

Es kömmt aber in der Beurtheilung, auf welche Maxime eine Prozeßordnung berechnet sey,

a) Preußische Gerichtsord. Th. I. Tit. 10. §. 82. u. ff.

auf diese Nebenpunkte gar nicht an, sondern man muß in den Geist eines Verfahrens im Ganzen eindringen, und hiernach bestimmen, auf welcher von beyden Maximen derselbe ruhe, welche von beyden also in dem gerichtlichen Verfahren die herrschende sey.

XIII.

Damit nach dieser allgemeinen Betrachtung die Verschiedenheiten des deutschen gemeinen Prozesses von dem preussischen Prozesse, soweit solche aus der Verschiedenheit des allgemeinen Grundsazes fließen, worauf jedes dieser Verfahren berechnet ist, vollkommen eingesehen werden können, muß erst eine allgemeine Darstellung des preussischen Prozesses, da ich bey meinen Lesern eine Kenntniß vom gemeinen Prozesse voraussezen darf, vorausgeschikt werden.

Ich würde mich hierbey sehr von meinem Zwecke entfernen, wenn ich von den schönen einzelnen Verordnungen sprechen wollte, welche von der Untersuchungmaxime unabhängig sind; wohin vor allem die Trennung des Amtes des instruirenden Richters vom Amte des erkennenden Richters, dann unter andern das

Verboth, durch Einreden der Antwort auf die Klage zu widersprechen, das Anlehen abzuläugnen, und die Einrede der Zahlung entgegen zu setzen, der Befehl, die Entscheidungsgründe dem Urtheil anzuhängen, die Verordnungen wegen Termine u. d. gehören; auch kann ich keine vollständige Darstellung des preussischen Prozesses in allen Instanzen und bey allen ausserordentlichen Fällen liefern, sondern ich beschränke mich auf einen Abriß des ordentlichen Verfahrens, ohne in ein Detail einzugehen, so weit es der Zwek dieser Erörterung nicht erfodert.

XIV.

Die Grundlage, worauf das ganze Gebäude aufgeführt wurde, sind folgende allgemeine Sätze:

1) Der vom Staate angeordnete Richter hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß der Thatsachen zu versichern, welche bey einem Rechtsstreit zum Grunde liegen.

2) Der Richter ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse

vorkommenden Thathandlungen selbst und unmittelbar zu untersuchen.

3) Das allgemeine Beste erfodert, daß die Prozesse, soweit es ohne Nachtheil der Rechte der Partheyen geschehen kann, abgekürzt werden.

4) Die Pflichten des Richters bey der Instruction des Prozesses beruhen also auf dem wesentlichen Grundsatze: daß er sich bemühen müsse, die Wahrheit der dabey zum Grunde liegenden erheblichen Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln. a)

5) Die Partheyen sind gewöhnlich selbst am besten im Stande, dem Richter über ihre Angelegenheiten Auskunft zu ertheilen, sie sind also verbunden, die Instruction ihres Prozesses in Person abzuwarten; deshalb ist auch das Verfahren bey der Instruction in der Regel mündliches Verfahren, und das schriftliche wird nur aus besondern Ursachen ausnahmsweise erlaubt.

a) Preuß. Gerichtsord. Th. I. Einleit. §. 5 — 10.

6 Durch unerlaubte Handlungen darf Niemand seinen Vortheil befördern. Die Partheyen sind also schuldig, die zur Entscheidung ihres Prozesses gehörenden Thatsachen dem Richter der Wahrheit und ihrer Wissenschaft gemäß vorzutragen [b]).

7) Zuerst muß also der Richter den Kläger über alles, worauf er seine Klage gründet, und über die Mittel die Wahrheit der Thatsachen, wenn sie geläugnet würden, nachzuweisen, umständlich vernehmen.

8) Auf gleiche Weise vernimmt er den Beklagten über das, was er an der Klage zugestehe oder läugne, über die Einwendungen, welche er entgegen zu setzen habe, über die Thatsachen, worauf sie beruhen, und über die Mittel, die Wahrheit nachzuweisen [c]).

9) Durch Gegeneinanderstellung beyder Theile muß der Richter in den ganzen Zusammenhang der Sache noch tiefer einzudringen und sie über die streitigen Thatsachen zu vereinigen bemüht seyn [d]).

b) Ebendas. §. 13. 14.

c) Ebendas. §. 25 — 27.

d) Ebendas. §. 28.

10) Der Richter muß hierauf über die Thatsachen, so weit die Partheyen einig sind, eine zusammenhängende Geschichtserzählung aufnehmen, und von den noch übrigen streitigen Umständen die erheblichen, welche durch Beweis noch auszumitteln sind, von den unerheblichen absondern *e*).

11) Nach fruchtlos versuchtem Vergleiche müssen die erheblichen Umstände durch Aufnehmung der vorhandenen Beweismittel ins Licht gesezt werden *f*).

12) Wer auf eine erhebliche Thatsache sich gründet, ist, wenn sie abgeleugnet wird, schuldig dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden kann.

13) Der Richter ist jedoch an diese Angabe nicht gebunden, sondern er hat das Recht, andere Mittel zur Erforschung der Wahrheit, selbst ohne ausdrückliches Verlangen der Partheyen, anzuwenden *g*).

e) Ebendas. §. 29.

f) Ebendas. §. 31.

g) Ebendas. §. 16. 17. mit der Einschränkung, welche in Tit. 10. §. 5. *b* gemacht wird.

14) Die allgemeine Bürgerpflicht verbindet jeden, wenn er auch in den Prozeß nicht mit verwickelt ist, auf Erfodern des Richters seine Wissenschaft von den streitigen Thatsachen getreu anzugeben, und die in seiner Gewalt stehenden Mittel zur Aufklärung der Wahrheit vorzulegen *h*).

15) Der Richter muß die Instruction des Prozesses (Untersuchung) so lange fortsetzen, bis der Grund oder Ungrund aller dabey vorkommenden erheblichen Thatsachen hinreichend ins Licht gesezt, oder doch alle dazu vorhandene Mittel erschöpft sind *i*).

XV.

Die im vorigen Paragraph ausgehobenen Punkte sind die Grundlage des preussischen Prozesses, welche aus seinem Geiste, der Untersuchungsmaxime, fließen; ihnen gesellt diese weise Gesetzgebung auch Verordnungen bey, um die Partheyen gegen die Willkühr des Richters in Sicherheit zu setzen, und auch den Foderungen ein Genüge zu leisten, welche aus dem unveräusserlichen Rechte eines Bürgers, sein Recht

h) Ebendas. §. 18.

i) Ebendas. §. 20.

zu vertheidigen, und in allen Lagen des Rechtsstreits, über alle Vorgänge, welche bey der Entscheidung seines Streits zum Grund gelegt werden sollen, seine Vertheidigung führen zu können, entspringen, folglich ein unerläßliches Erforderniß eines jeden Prozesses *) sind. Nach diesem Gesichtspunkt wird der Richter nicht nur unter beständige Aufsicht und Beobachtung gesezt *b*), sondern auch den Partheyen ein, mit der Untersuchungsmaxime ganz vereinbarer, Antheil an dem gerichtlichen Verfahren zugestanden, und deßhalb verordnet:

1) daß jede Parthey das Recht hat, zu verlangen, daß der Richter ihre Angaben und Anführungen, auch wenn sie ihm entbehrlich oder zur Sache nicht gehörig zu seyn scheinen, dennoch in das Protokoll aufnehme *c*).

2) Jede Parthey muß durch Vorlesung des Protokolls, durch Vorlegung desselben zum eignen Durchlesen, oder auf andere hinreichende Art in den Stand gesezt werden, sich zu über-

a) Siehe oben Abh. VI.

b) Preuß. Prozeßord. Einleit. §. 37. u. ff.

c) Ebendas. §. 41.

zeugen, daß darinn die Verhandlungen bey der Instruction, so wie sie in ihrer Gegenwart wirklich vorgefallen sind, niedergeschrieben worden [d]).

3) Jede Parthey hat das Recht, bey der Instruction des Prozesses sich eines rechtskündigen Beystands zu bedienen [e]).

4) Die species facti, welche der Richter aus der Vernehmung beyder Theile als das Resultat auszieht, worin sie übereinstimmen, und so weit deshalb unter ihnen die Thatumstände nicht mehr streitig sind, muß den Partheyen und ihren Assistenten oder Bevollmächtigten vorgelegt und von ihnen vernommen werden, ob, und was sie dabey noch zu erinnern haben [f]).

5) Die Zeugen werden in Gegenwart der den Partheyen zugeordneten oder von ihnen gewählten Rechtsbeystände oder Bevollmächtigten abgehört [g]), und diese haben auf das Verfahren des Instruenten, auf die Aussage der Zeu-

d) Ebendas. §. 42.

e) Ebendas. §. 43.

f) Th. I. Tit. 10. §. 33.

g) Ebendas. §. 189.

gen, so wie auf die Richtigkeit und Vollstän-digkeit derselben genau Acht zu geben, sie kön-nen auch durch mancherley Bemerkungen das Beste der Partheyen besorgen [b]).

6) Wenn alle Zeugenverhöre bey einander sind, so werden die Abschriften derselben den Partheyen und ihren Beyständen mitgetheilt, damit sie ihre Erinnerungen noch beybringen kön-nen [i]).

7) Nach geschlossener Instruktion steht es den Partheyen frey, rechtliche Ausführungen ih-rer aus den erörterten Thatsachen entspringenden Ansprüche oder Einwendungen durch sich selbst, durch die bey der Instruktion zugezogenen Bey-stände oder Bevollmächtigten oder auch durch andere Rechtsgelehrte verfertigen zu lassen und zu den Akten zu geben [k]).

XVI.

So ein Grund muß gelegt seyn, wenn im ganzen Gebäude einer Prozeßordnung Einheit

h) Ebendas. §. 198.

i) Ebendas. §. 224 b.

k) Ebendas. Einleit. §. 53.

herrschen, wenn alle Verordnungen auf einen Zweck berechnet seyn sollen, und ich kann mich nicht genug wundern, daß Eggers, dessen Werk a) erst nach der preussischen Prozeßordnung geschrieben und gedrukt wurde, weder auf die in derselben liegende Untersuchungsmaxime eine Rücksicht genommen, noch dem Entwurf einer Prozeß- uud Gerichtsordnung statt seiner kurzen Einleitung so eine Entwickelung allgemeiner Grundsätze über den Geist der Prozeßordnung vorausgeschickt hat; denn ein Privatschriftsteller muß den Entwurf eines Gesetzbuchs nicht blos durch Erfahrung, sondern durch Uebereinstimmung der in Vorschlag gebrachten Verordnungen mit den unabänderlichen Naturgesetzen, mit reinen Grundsätzen rechtfertigen, und was in einem Gesetzbuche sehr zweckmäßig und nützlich ist, wird in der Arbeit des Privatmanns unerläßliche Bedingung. Ich verkenne den Werth seines Werks und den Nutzen vieler darin gemachten Vorschläge nicht, aber ehe ichs als Gesetzbuch unterschreiben würde, müßte diese Lücke noch ergänzt, und der Grund gelegt werden, auf welchem das Gebäude ruhen soll.

a) Christian Ulrich Detlev von Eggers Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Prozeß- und Gerichtsordnung. II Bde. Zürch 1799. 8.

Ich gehe nunmehr zu einem Abriß des preuſsischen ordentlichen Verfahrens über.

XVII.

Die Anmeldung der Klage ist das erste, was im Gerichte bey einem Rechtsstreite vorgeht; sie dient dazu, damit vor angefangenem Rechtsstreite geprüft wird, ob eine Klage überhaupt angestellt werden könne, ob die Gerichtsbarkeit des Richters begründet, und an den streitenden Personen kein Mangel sey. Die Anmeldung muß also enthalten: 1) Namen, Stand und Charakter des Klägers und des Beklagten, 2) den Ort, wo sie sich aufhalten, 3) den Grund und Gegenstand der Klage wenigstens im Allgemeinen, 4) die Erklärung des Klägers, ob er die Instruktion des Prozesses persönlich abwarten werde, oder aus welchen Gründen er davon dispensirt zu seyn verlange, 5) ob und wen er sich zum Rechtsbeystande oder Bevollmächtigten gewählt habe, oder ob er die Zuordnung vom Richter begehre. Hierüber wird ein Anmeldungsprotokoll geführt *), hierauf ein Beschluß gefaßt, und wenn bey der Anmeldung nichts zu erinnern ist, die Aufnehmung

*) Preuß. Prozeßord. Tit. 4. §. 1—4.

der Klage verfügt. Doch ist die Aufnehmung eines besondern, von der Klage verschiedenen Anmeldungsprotokolls in allen Fällen nicht wesentlich erforderlich, sondern es kann in jedem Falle, wenn sogleich in dem Anmeldungsprotokolle die Klage vollständig begründet befunden wird, auf dieses Protokoll eben so, wie auf ein eigentliches Klageprotokoll verfügt werden *b*).

XVIII.

Noch ein Schritt geschieht zur Vorbereitung des eigentlichen Prozesses, aber schon in weit näherer Beziehung auf den Rechtsstreit; er heißt Information zur Klage, wodurch der Richter alles, was zur Wesenheit des Prozesses gehört, und selbst den Klagegrund vorläufig untersucht. Dieser Information zur Klage muß der Kläger in der Regel (§. XIV. n. 5.) persönlich abwarten, und bey ihr wird alles im Wege der Untersuchung vorgenommen, der Kläger wird über alles, was zur vollständigen Uebersicht gehört, vom Richter gefragt, alles dies fodert der Richter punktweise von ihm, und diese Untersuchung erstrekt sich über viele Dinge, welche bey andern Prozeßordnungen erst den Ein-

b) Ebendas. §. 22.

reden des Beklagten überlassen sind; es gilt also keiner Verhandlung der Parthey in dem Sinne, wie es der gemeine Prozeß versteht, sondern alles wird vom Richter schon in der Einleitung untersucht.

1) Der Gerichtsstand muß schon bey dem Anmelden der Klage geprüft seyn, aber auch hier sieht der Richter noch einmal, und noch genauer, als es dort geschah, auf diesen Punkt zurück.

2) Hierauf wird der Kläger befragt, ob über die Sache, worüber er klagen will, nicht schon bey einem andern Gerichte ein Prozeß anhängig sey.

3) Sodann muß der Kläger das Object der Klage genau und deutlich bestimmen.

4) Nun fodert der Richter vom Kläger eine ausführliche Erzählung der Thatsachen, worauf er seinen Anspruch gründen will, nach allen Hauptumständen, und allen zur Erläuterung dienenden Nebenumständen, er examinirt ihn über alles, was zur vollständigen Aufklärung des ganzen Zusammenhangs der Sache gehört.

5) Ausdrüklich wird der Kläger vernommen, worauf er seinen Anspruch richte, ob er z. B. nur Kapital, oder auch Zinnsen begehre.

6) Hierauf fragt ihn der Richter über alles, was zum Legitimationspunkte gehört.

7) Sodann wird über etwannige mehrere Theilnehmer des Streits von Seite des Klägers, oder

8) über mehrere Streitgenossen von Seite des Beklagten der Kläger vernommen;

9) wegen eines etwa vorhandenen Auctors,

10) über die dem Kläger etwa entgegenstehende Einrede der zu frühzeitig angestellten Klage, oder

11) des beneficii excussionis und divisionis,

12) ob der Kläger etwa schuldig sey, Caution zu stellen: über alles dieses zieht der Richter die nothwendigen Erkundigungen ein.

13) Nun muß die species facti mit dem Kläger Punkt für Punkt durchgegangen, und

derselbe befragt werden, wie er die Richtigkeit derselben im Läugnungsfalle darthun wolle. Schon hier wird dem Richter zur Verbindlichkeit gemacht, über Zeit, Ort, Umstände, unter welchen, und über Personen, vor welchen eine Handlung vorgieng, nachzuforschen, damit er in seiner Untersuchung sich schon die Mittel zur Erforschung der Wahrheit vorbereite.

14) Endlich wird auch der Kläger examinirt, ob ihm nicht schon vorläufig bekannt sey, was der Beklagte dem Anspruch entgegensetze, insbesondere ob dem Beklagten nicht Verjährung, Zahlung, Vergleich, Abreichung, Gegenfoderung, rechtskräftiges Urtheil u. s. w. zur Seite stehe.

15) Am Schlusse des Protokolls wird nun dem Kläger nochmals ernstlich zu Gemüthe geführt, ob die Sache vorgetragener und niedergeschriebener Massen sich wirklich verhalte; er wird ermahnt, der Wahrheit die Ehre zu geben, und sich durch ihre Verschweigung am Ende nicht Kosten und Strafen zuzuziehen, diese Strafen müssen ihm genau bekannt gemacht werden, endlich hält ihm der Richter alle Bedenklichkeiten vor, welche seinem Gesuche entgegen zu stehen

scheinen, und fragt ihn nochmals um seine positive Erklärung, ob er demungeachtet den Prozeß anstellen wolle a).

Diese Information macht die Grundlage des ganzen Prozesses aus, sie muß also zur vorgeschriebenen Präcision und Vollständigkeit gelangt seyn, alle vorläufigen Anstände müssen gehoben werden, ehe mit Aufnehmung der Klage der eigentliche Prozeß beginnt b).

XIX.

Nun kömmt die Reihe an die Klage selbst (Aufnehmung der Klage). Sie muß enthalten

1) eine vollständige und deutliche species facti, welche aus dem Informationsprotokolle mit Weglassung aller, dort gleichwohl aufgenommener, unerheblichen Umstände und der dem Kläger über den anscheinenden Ungrund seiner Klage gemachten Vorstellungen gezogen werden kann, auch kann das Informationsprotokoll nach dieser Sonderung die Klage selbst vertreten a).

a) Preuß. Prozeßordn. Tit. V. §. 1—7.

b) Ebendas. §. 10.

a) Ebendas. §. 14.

2) Eine vollständige und bestimmte Anzeige der Beweismittel; die dahin gehörigen Urkunden müssen sogleich im Original oder in getreuer Abschrift beygelegt, oder wenn sie sich in den Händen eines Andern befinden, die Anträge wegen der Edition gemacht werden.

3) Wird ein, der Sache und der Intention des Klägers angemessener deutlicher und bestimmter Antrag (Petitum) hinzugesetzt [b])

XX.

Der Beklagte wird vorgeladen, und muß der Regel nach in Person erscheinen. In der Aufnehmung der Antwort auf die Klage liegt derselbe Geist, wie in der Information zur Klage (§. XVII.), alles wird Untersuchungsweise eingeleitet, und das ganze Verfahren der Information auf den Beklagten mit den angemessenen Modificationen in Anwendung gebracht. Daher wird der Beklagte ohne Beyseyn des Klägers examinirt:

1) ob ihm keine vorläufige Einwendung wegen dem Gerichtsstand, Legitimation, u. s. w. (§. XVIII. n. 1. 2. 6 — 12.) zur Seite stehe.

b) Vergl. Meyer kurze Darstell. der neuen preuß. Gerichtsordn. (Hof, 1797. 8.) Seite 33.

2) Die species facti des Klägers wird ihm Punkt für Punkt vorgehalten, und bey jedem auf eine bestimmte Erklärung gedrungen, ob er ihn für wahr annehme oder nicht.

3) Er wird examinirt, welche Mittel er über die Punkte, worin er vom Kläger abweicht, zur Herstellung der Wahrheit angeben könne; schon hier muß er sie, wie der Kläger (§. XIX. n. 2.), bestimmt angeben.

4) Ueber die Beweismittel des Klägers wird er vernommen, ob und was er gegen ihre Beweiskraft zu erinnern habe.

5) Hierauf wird er über die Einreden befragt, wodurch der Anspruch des Klägers ganz oder zum Theil zernichtet werden kann; daß er hiebey so, wie der Kläger bey der Geschichtserzählung seiner Klage behandelt wird, lehrt die Natur der Sache.

6) Ihm wird hiernächst vorgehalten, was seinen Einreden entgegenstehen könnte.

7) Der Instruent untersucht, ob keine Personen da seyen, welche die Sache aufklären können, ob keine Adcitation oder Litisdenunciation statt finde.

8) Der Beklagte wird gefragt, ob ihm keine Gegenfoderung wider den Kläger zukomme.

9) Endlich werden dem Beklagten am Schlusse alle jene Vorhaltungen gemacht, welche bey der Information zur Klage dem Kläger (§. XVII. n. 15.) gemacht wurden [a]).

XXI.

Aus dieser Information zur Antwort des Beklagten wird die eigentliche Antwort auf die Klage ausgehoben; sie steht zur Information im nämlichen Verhältniß, wie die Klage zu ihrer Information, daher werden die Vorhaltungen ausgelassen, welche dem Beklagten bey der Information zur Antwort vom Richter zu machen waren [b]).

XXII.

Ergibt sich aus Vergleichung der Klage mit der Antwort des Beklagten, daß die Partheyen

a) Ebendas. Tit. 9. §. 1. — 10.

b) Ebendas. §. 14. 15.

in den Thatsachen einig sind, und nur darüber streiten, in wie fern daraus das behauptete Recht des Klägers folge, so wird der Termin nur ganz kurz zu Regulirung des status causae und controversiae, zum Versuch der Sühne und zum Definitivverfahren anberaumt; sind hingegen die Partheyen in den Thatsachen nicht einig, so wird der Instructionstermin anberaumt, und dem Kläger die Antwort des Beklagten (§. XXI.) mitgetheilt a).

Der Instructionstermin ist zu folgenden Absichten bestimmt:

1) daß in selbigem die Partheyen über die bey dem Prozesse vorkommenden Thatsachen noch näher gegen einander vernommen, und soweit es möglich ist, darüber vereiniget werden.

2) Daß durch Aufnehmung der unstreitigen Thatsachen, durch nähere Bestimmung der streitig gebliebenen und durch Absonderung der erheblichen von den unerheblichen, der status causae et controversiae näher regulirt werde.

a) Meyer a. a O. Seite 53.

3) Daß die streitig gebliebenen erheblichen Thatumstände durch Aufnehmung der darüber vorhandenen Beweismittel möglichst ins Licht gesezt werden.

4) Daß nach erfolgter Aufnahme des Beweises derselbe den Partheyen vorgelegt, und sie vernommen werden, was sie dabey noch zu erinnern oder zu ergänzen haben.

5) Daß unter ihnen die Sühne noch einmal mit allem Fleisse versucht, und

6) wenn diese nicht statt findet, die Instruction geschlossen werde *a*).

Einige dieser Punkte, besonders die ersten, verdienen nähere Betrachtung.

XXIII.

Zur Vereinigung beyder Theile über die, ihrem Rechtsstreite zum Grund liegenden, Thatsachen wird ein jeder Theil besonders, ohne Beysein des Gegners, über seine Behauptungen, über die Einwürfe seines Gegentheils, über die Widersprüche und Bedenklichkeiten ge-

a) Ebendas. Tit. 10. §. 20 — 24.

gen seine Aeusserungen vernommen. Bleiben nachher noch Zweifel und Dunkelheiten zurück, so werden die noch streitigen Punkte ausgehoben, und beyde Partheyen zugleich vorgelassen, um durch ihre Gegeneinanderstellung einen Versuch zur Aufklärung der Sache und Hebung der obwaltenden Widersprüche zu machen. Diese Zusammenstellung der Partheyen fällt aber da hinweg, wo sie wegen den unter ihnen herrschenden Animositäten nicht rathsam ist *a*).

XXIV.

Der Status causae et controversiae ist unstreitig eines der größten Meisterstücke der gesetzgebenden Klugheit, ein solides Mittel wider die Nachläßigkeit und Willkühr des Richters. Er besteht

1) in einer richtigen, zusammenhängenden species facti, so weit die Partheyen in den Thatsachen übereinstimmen, die streitigen Punkte, welche wegen dem Zusammenhang in sie aufgenommen werden müssen, sind als streitige Punkte besonders zu bemerken. Sie wird nach den Regeln einer Geschichtserzählung bey Rela-

a) Ebendas. Tit. 10. §. 20 — 24.

tionen verfaßt, und muß von allen gelehrten und rechtlichen Ausführungen frey seyn.

2) In einer Festsetzung derjenigen auf Thatsachen beruhenden Umstände, worüber die Partheyen nicht vereinigt werden konnten.

3) In der Bestimmung derjenigen unter diesen Umständen, welche bewiesen werden müssen [a]).

Dieses alles wird den Partheyen und ihren Beyständen vorgelegt, und erst dann niedergeschrieben, wenn sich der Instruent mit ihnen darüber vereiniget hat [b]).

XXV.

Nun wird ein Termin zum Schluß der Sache angesezt, dessen Absicht ist 1) daß die Sühne unter den Partheyen nochmals versucht, 2) mit der Inrotulation der Akten verfahren, und 3) wegen den beyzubringenden Rechtsausführungen die erfoderliche Einleitung

a) Ebendas. §. 28.

b) Ebendas. §. 35.

gemacht wird a). Die Akten müssen geheftet seyn, und werden den Partheyen nebst einem Verzeichnisse vorgelegt, welches sie zum Zeichen, daß sie die Akten als vollständig erkennen, unterschreiben.

XXVI.

Die Deductionen sind keine nothwendige Handlung der Partheyen, und wenn dieselben eine rechtliche Ausführung machen wollen, so muß sie der Regel nach sogleich in dem Schluß-termine mündlich zu Protokoll gegeben werden, nur in wichtigen und weitläufigen Gegenständen wird die Beybringung einer schriftlichen Deduction gestattet.

Es findet aber kein Schriftenwechsel dabey statt, sondern beyde Theile müssen ihre Deductionen zugleich, und ohne daß einer auf den andern warten darf, einreichen b).

XXVII.

Ich überlasse jedem, zwischen dem preußischen Prozesse und dem gemeinen Prozesse eine

a) Preuß. Prozeßordn. Tit. 12. §. 5.

b) Ebendas. §. 13 — 16.

Vergleichung anzustellen, und sich selbst darüber zu vereinigen, bey welchem von beyden der Zweck der richterlichen Gewalt besser erreicht, oder bey welchem die Justiz geschwinder und genauer mitgetheilt werden kann. Nach dem Zwecke dieser Erörterung schränke ich mich auf eine genauere Zergliederung jener Verschiedenheiten ein, welche als Folgen der zwey entgegengesezten Maximen, worauf eine Prozeßordnung berechnet seyn kann, zu betrachten sind, und welche den praktischen Unterschied dieser beyden Maximen anschaulicher machen.

XXVIII.

Daß nur bey einer solchen Maxime dem leichtsinnigen Prozeßführen und dem Chicaniren Gränzen gesezt werden können, leuchtet in die Augen. Statt daß die Partheyen nur einen Advocaten sonst zu Rath zogen, dessen Nahrung es fodert, die Partheyen vor einem Prozeß nicht zu warnen, hören sie im preußischen Staate die Warnungen aus dem Munde des Richters, wo sie unverfälschter und eindringender sind. Statt daß bey der Verhandlungsmaxime die Partheyen immer aus dem Munde des Advocaten reden, jede Blösse durch geschraubte Ausdrücke gedeckt

und der Chicane ein weites Feld geöffnet werden kann, statt daß der Richter ihren Wendungen, Drehungen und Abschweifungen selten Schranken zu setzen vermag, und von dem, was sie ihm sagen, abhängt, erhält er nun die Wahrheit in ihrem einfachern, eher durchsichtigen Gewande, und erhält sie desto leichter, da er in seinen Forschungen Schritt für Schritt weiter rükt, und den Partheyen die schlimmen Folgen, wenn sie die Wahrheit verschweigen, nachdrüklich ans Herz legt. Selbst der Richter wird bey der ganzen Einleitung zur grössern Aufmerksamkeit gezwungen, er muß bey dieser ihm genau vorgezeichneten Bahn jenes strenger voraus beobachten, was die Wesenheit des Verfahrens erfodert, und worüber er bey der Verhandlungsmaxime durch das gemächliche Communicetur öfters hinwegleitet. Allein alles dies sind nur Verschiedenheiten der Convenienz, ich breche also, so wichtig sie auch sind, von ihnen ab, und gehe zu den Verschiedenheiten des Rechts über, welche nicht schon oben (§. XI.) als allgemeine ausgezeichnet wurden.

XXIX.

1) In den Mitteln, sich von der Wahrheit zu überzeugen, ist der Richter bey der Verhandlungsmaxime ganz von den Mitteln abhängig, welche ein jeder Theil nach seinem Range als Beweisführer gebraucht hat, auf Zeugen und Urkunden, worauf er sich beruft, und auf Artikel worüber er sie anführt. — Bey der Untersuchungsmaxime kann der Richter alle Mittel, Wahrheit zu erforschen, gebrauchen, sobald irgend ein Vorbringen eines Theils, der Zusammenhang der Sache, die Aussage der Zeugen, oder der Inhalt der Urkunde darauf führt; und er braucht sie nicht beschränkt zu dem Zwecke, welchen ein Theil vorzeichnete (Artikel), sondern zum hohen Zweck des ganzen Verfahrens, Erforschung der Wahrheit.

2) Nach dem gemeinen Prozesse gehet ein Interlocut auf Beweis vorher, wenn nicht ein Theil den Beweis anticipirt, man streitet vor dem Interlocut über die Beweislast; dies fällt bey dem preußischen Prozesse hinweg.

3) Bey jenem ist der Beweis im eigentlichen Sinn *a*) eine Handlung der Parthey, und

a) Ich handle davon in einer besondern Erörterung im folgenden Bande.

es kommen Beweisantretungen, Beweistermine, Beweisartikel vor — hier ist es in aller Rükſicht Unterſuchung des Richters, und von Beweistermin, Antretung, Artikeln u. ſ. w. kann keine Rede seyn.

4) Eben darum fallen auch bey der Unterſuchungsmaxime die Fragſtücke zu den Artikeln, und die ſonderbare Verordnung hinweg, daß man nur zu den Artikeln die Fragſtücke machen könne, daß die Fragſtücke nicht auf den Gegenbeweis gerichtet seyn dürfen. Jede Urkunde, jeder Zeuge wird als Mittel betrachtet, die Wahrheit zu erforſchen, und man iſt nicht eingeſchränkt nach den Rükſichten, wer ſich darauf berufen hat, oder ob die Wahrheit der Klage, oder die Wahrheit der Einrede ausgemittelt werden ſoll, denn es gibt hier keine Beweisführung als Handlung der Partheyen, nur ein Gegenſtand, Unterſuchung der Wahrheit des unter den Partheyen ſtreitigen Factums, beſchäftiget den Richter.

5) In dem gemeinen Prozeſſe iſt der Richter ſtreng an den Satz: actore non probate reus abſolvitur etiamſi nihil reprobaverit, und an die hieraus flieſende Rangordnung der

Beweislast unter den Partheyen gebunden; — im preußischen Prozesse hat der Richter bey den Einreden des geendigten Rechtsstreits die Befugniß, mit Beyseitsetzung des Beweises der Hauptsache die Einrede völlig zu instruiren, und einsweilen die erste ruhen zu lassen, in dem Falle, wenn die Erörterung der Hauptsache weitläufig, verwickelt und kostbar, die Erörterung der Einrede aber kurz, und ohne sonderlichen Aufenthalt und Kosten zu bewirken ist *a*).

6) Erst nach dem Versuche, durch Beweismittel die Wahrheit zu erforschen, kömmt in dem auf Untersuchung berechneten Prozesse die Frage von der Beweislast unter dieser Wendung vor, daß wider jenen erkannt werden muß, dessen Recht nur unter der Bedingung anerkannt werden kann, daß ein streitiger Umstand für wahr zu halten ist.

a) Preuß. Prozeßord. Tit. 10. §. 68.

XII.

Allgemeine Grundsätze von den streitenden Theilen. Ein Beytrag zum allgemeinen Theile der Theorie des gerichtlichen Verfahrens.

I.

Allgemeine Ueberblicke auch bey mehr bekannten Gegenständen fördern manche noch unerkannte Wahrheit zu Tag, und haben immer als Revision der Grundsätze, und als Grundlage, worauf Systeme gebaut werden müssen, ihr Verdienst. Besonders halte ich solche Revisionen in dem gemeinen Prozesse, nach der Tendenz, welche er durch Grolmans Lehrbuch erhalten hat, von grossem Nutzen. Den wissenschaftlichen wird nicht leicht Jemand in Zweifel ziehen, aber auch jenen, welche nur in sogenannte practische Sätze einen Werth legen, und wissenschaftliche Forschungen als leere Speculationen gleichgültig an-

sehen, kann ich die Versicherung geben, daß sie wenigstens manchen in der Praxis sehr nothwendigen oder brauchbaren Satz in einem andern Lichte, oder aus einem richtigern Gesichtspunkt, manchen bisher angenommenen Satz als falsch erkennen werden, wenn sie — weiter zu lesen sich bemühen wollen. Ich werde in dieser Erörterung die Lehre von den streitenden Theilen a), jedoch blos im Allgemeinen behandeln, und noch einige Erörterungen, von den wesentlichen Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens, von Formalitäten n. s. w. als Beyträge zum allgemeinen Theile der Theorie des gerichtlichen Verfahrens, nachfolgen lassen.

II.

Schon im Begriffe eines Streits liegt, daß mehrere Personen bey einem Prozesse vorhanden seyn müssen, deren Rechte bey dem Streite durch den Richter bestimmt, und so weit sie als sanctionirt und gegründet erkannt werden, durch den Richter geschüzt werden sollen. Der

a) Ich verstehe jedoch blos die Hauptpersonen darunter, weil die Nebenpersonen als Bevollmächtigte mit den Haupttheilen nur für eine Person zu halten sind.

erste Grundsatz ist also, daß zwey sich entgegengesezte Subjecte, zwey streitende Theile vorhanden seyn müssen. Ich entwikle ihn mit seinen Folgen näher.

I. Schutz des Staats gegen bürgerliche Rechtsverletzungen ist der Zwek, für welchen die richterliche Gewalt im Staate angeordnet wird, welcher aber nur unter der Bedingung ertheilt werden kann, daß ein Bürger den Schutz des Seinen vom Staate begehrt, weil ein jeder über sein Eigenthum disponiren kann. Einer muß also da seyn, welcher den Schutz des Staats reclamirt, er heißt Kläger, und der Satz: wo kein Kläger ist, da ist kein Richter, fließt aus dem Zwecke der richterlichen Gewalt.

II. Verletzung der Rechte sezt zwey Subjecte voraus, eines, welches Rechte verlezt, das andere dessen Rechte verlezt werden; derjenige, wider welchen der Schutz des Staats aufgefodert wird, heißt Beklagter, beyde nennt man streitende Theile, es läßt sich also ohne Voraussetzung zweyer streitenden Theile kein Rechtsstreit denken.

III. Kein Rechtsstreit — aber man verwechsle nicht Rechtsstreit (lis, judicium) mit der Klage (actio) und der Einleitung zu einem künftigen Rechtsstreite (citatio). Zwar muß schon bey der Klage ein Subject genannt werden, wider welches der Schutz des Staats begehrt wird, einer muß als Beklagter genannt werden, aber im Rechtssinne ist er noch kein Gegner, ehe er das Recht des Klägers anzuerkennen, bey Gericht sich weigert, im Rechtssinne existirt noch kein Rechtsstreit, bis er vor Gericht dem Anspruche des Klägers widerspricht; vorher gilt es nur einem bevorstehenden Rechtsstreite, nur seiner Einleitung. Daher ist der Unterschied, welchen das kaiserliche Reichskammergericht zwischen den Judicial- und Extrajudicialsachen macht, in der Natur der Sache gegründet, und ich kann daher einer erkannten und insinuirten Ladung zwar die Wirkungen der Prävention, aber niemals die Wirkungen der Litispendenz beylegen.

IV. Zwey streitende Theile werden zu einem Rechtsstreite erfodert, dies ist sogar in dem Falle wahr, wenn ein Theil im ganzen Verlaufe des Prozesses nicht erscheint, und die Gesetze

fingiren seine Erscheinung zur Strafe des Unge-
horsams. Diese Fiction ist nichts, als eine Formel, unter welcher die Gesetze den Satz des Naturgesetzes in das positive Recht übertrugen, daß jener, der eine Handlung unterläßt, welche er vorzunehmen verbunden war, alle Folgen der Unterlassung tragen muß. Daraus fließt die ganze Lehre von Rechtsnachtheilen des Nichterscheinens bey Gericht, die Nothwendigkeit und Folge der Edictalladungen bey unbekannten Gegnern.

III.

Der zweyte allgemeine Grundsatz über die streitenden Theile muß daraus abgeleitet werden, daß ein jeder Rechtsstreit nur eine Bestimmung des Richters über die Rechtsverhältnisse bey dem Gegenstand des Streits zum Zwecke haben kann. Schutz des Staats ist der Zweck; die Führung des Rechtsstreits, und das dabey nöthige Erscheinen zweyer streitenden Subjekte, ist Mittel, also bedingt durch seinen Zweck. Hieraus folgt:

I) Daß die Rechtsgültigkeit der Handlungen an sich, welche die Partheyen vor Gericht

vornehmen sollen, nothwendig ist, weil eine ungültige Handlung den Zweck nicht erreichen kann; die Personen, welche bey Gericht in einem Rechtsstreite auftreten wollen, müssen also jene Eigenschaften an sich tragen, welche nach der Natur der Sache oder nach den Gesetzen erfodert werden, damit ihre gerichtliche Handlungen überhaupt gültig sind. Hieher gehört die ganze Lehre von der Fähigkeit, bey Gericht zu handeln (persona standi in judicio), welche Dapp *a*) sehr gut bearbeitet hat.

II) Niemand kann ungehört verurtheilt werden, und ein jedes Urtheil des Richters bestimmt nur die Rechtsverhältnisse unter jenen streitenden Theilen, welche über den Gegenstand des Streits ihre Rechte vere oder ficte vertheidiget haben. Die Praxis drükt diesen Satz sehr schön durch das bekannte Axiom aus: Sententia jus facit inter litigantes, tertio nec nocet, nec prodest. Soll daher der ganze Rechtsstreit seinen Zweck nicht verfehlen, so müssen diejenigen als streitenden Theile auftreten, welche den Gegenstand des Streits zu dem Seinen rechnen

a) Von der Legitimation zum Prozeß. Frankfurt, 1789. 8. §. 7. u. ff.

können, d. h. die wahren Interessenten. Hieraus fließt 1) die Nothwendigkeit der Legitimation zur Sache, wodurch am Kläger sowohl, als am Beklagten alle jene Eigenschaften dargethan werden, ohne welche er über den Streitgegenstand als wahrer Interessent nicht betrachtet werden kann. Sie ist also nur die Bedingung, ohne welche unter diesen streitenden Theilen der Prozeß über den Streitgegenstand nicht gedacht werden kann, niemals aber eine Bedingung der Anerkennung des streitigen Rechts selbst [b]). 2) Die Benennung des wahren Eigenthümers, wenn der Beklagte eine Sache, worüber Streit entsteht, in fremdem Namen besitzt; es fällt aber hieraus schon in die Begriffe, daß diese Benennung des Auctors eine Abart der Legitimation zur Sache ist. 3) Wenn mehrere ein Geschäft als Theilnehmer unternommen haben, welches nun den Gegenstand des Streits ausmacht, so kann bey einem theilbaren Geschäfte jeder für seinen Antheil klagen oder belangt werden. Ist aber das Geschäft an

b) Von der Legitimation zur Sache und den Kennzeichen, nach welchen man bestimmen kann, ob ein Umstand zu dem Hauptbeweise oder zu der Legitimation zur Sache gehöre. In meinen juriſt. Abh. Th. 1. Seite 101.

sich untheilbar, oder soll es ungetheilt den Gegenstand des Streits ausmachen, so müssen alle Interessenten (Litis consortes) bey demselben auftreten, weil diejenigen, welche ihre Rechte nicht vertheidigt haben, durch das Urtheil nicht verbunden wären. 4) Wenn jemand in einem Streit befangen, und befugt ist, über den Gegenstand des Streits von einem Dritten Schadloshaltung zu fodern, so ist es sehr zweckmäßig, daß er jenen, welchen die Folgen dieses Streits am Ende treffen, schon izt zur Mitvertheidigung auffordere. (Litisdenunciatio). 5) Eben so wenig kann Niemand verwehrt seyn, bey Gericht aufzutreten, wenn er bey einem von zwey andern Subjekten zu verhandelnden Rechtsstreit ein Interesse hat, um sein Recht hiebey geltend zu machen (Interventio), sey es nun, daß er ein für sich selbst bestehendes Recht hier verfolgt (principalis), oder daß er einem der beyden bisher streitenden Subjete beysteht (accessoria) oder daß er beyde Absichten vereiniget (mixta). 6) Der Richter kann nicht mit Wirkung den Zwek seiner Bestimmung erreichen, wenn es an einer dieser wesentlichen Bedingungen der streitenden Theile mangelt, er muß also von Amtswegen auf Berichtigung aller An-

stände bey den streitenden Theilen sorgfältigen Bedacht nehmen; und eben deßwegen kann er 7) einen Dritten, dessen Recht oder Verbindlichkeit bey einem Rechtsstreite als mitstreitenden Hauptperson zur Sprache kömmt, wenn der Richter hievon als Richter, das ist, aus seinen Gerichtsakten legale Wissenschaft hat, zu einem Streite vorfodern (Adcitatio).

IV.

Als dritten Grundsatz stelle ich auf, daß absoluter Zwang zur Rechtsvertheidigung nicht möglich ist, denn wo es veräusserlichen Rechten gilt, da kann jeder über sein Recht nach Willkühr schalten. Der Fodernde kann sein Recht durch die Verjährung erlöschen lassen, er kann, auch behörig zur Klage aufgefodert, sein in Frage stehendes Recht aufgeben, aber absoluter Zwang zur Klage findet nicht statt. Eben so wenig absoluter Zwang zur Vertheidigung von Seite des Beklagten, so bald er freywillig den Ansprüchen des Klägers Genüge leistet. Will aber dieses ein Beklagter nicht, so muß er den Streit bey Gericht auf sich nehmen, auch dann, wenn der Anspruch des Klägers ganz ungegründet ist, so lange nur durch diesen Streit

der Zwek des gerichtlichen Verfahrens erreicht werden kann. Der Beklagte kann zwar in dieser Rükſicht alle Einreden geltend machen, welche aus den Perſonen der ſtreitenden Theile beweiſen, daß der Prozeß ohne Zwek wäre, z. B. die Einrede mehrerer Streitgenoſſen, der mangelnden Fähigkeit, bey Gericht zu handeln, der mangelnden Legitimation zur Sache u. d.; auch iſt er nicht ſchuldig, in der vom Kläger gewählten Prozeßart zu antworten, wenn er mit Grund die Einrede der unrecht gewählten Prozeßart vorſchüzen kann; aber niemals kann er der Nothwendigkeit, ſein Recht wider den Kläger vor Gericht zu vertheidigen, dadurch entgehen, daß er dem Kläger die Rechtmäßigkeit ſeines Anſpruchs ableugnet. Wenn auch der Anſpruch ungegründet, wenn auch dem Beklagten möglich iſt, die Unrechtmäßigkeit deſſelben augenſcheinlich darzuthun, ſo fodert ſchon dieſes einen Ausſpruch des Richters, und ſchon dies macht einen Prozeß aus.

V.

Die Rechte der ſtreitenden Theile ſind gleich, dies iſt der vierte Hauptgrundſatz; beyde Theile haben gleichen Anſpruch auf den Schuz des

Staats, der Staat kann nicht Einen schützen, und am Andern ein Unrecht begehen. — In dubio pro reo pronuntiandum, partes rei sunt favorabiliores, quam partes actoris, judex magis ad absolvendum quam ad condemnandum pronus esse debet — sind leere, und nach dem buchstäblichen Verstande falsche Phrasen, in denen jedoch, wenn man in den Geist eindringt, nichts enthalten ist, als der Grundsatz von Gleichheit der Rechte unter den streitenden Theilen. In dubio muß für den Beklagten gesprochen werden, dies heißt nur so viel: wenn der Kläger nicht jenes als gewiß herstellte, ohne welches sein Recht nicht anerkannt werden kann, so wird gegen ihn gesprochen; aber der Satz findet auch bey dem Beklagten volle Anwendung. Aus dem mißverstandenen Satze wollte man behaupten, es müsse für den Beklagten gesprochen werden, wenn der Beweis durch einen gleichen directen Gegenbeweis entkräftet wird, ich habe aber nach dem Grundsatz der Rechtsgleichheit dargethan, daß wider den Beweisführer erkannt werden muß, wenn es auch der Beklagte war a).

a) Juriſt. Abhandl. Th. 1. Seite 94.

VI.

Folge des vorigen Grundsatzes ist der Fünfte, daß auch ihre Verbindlichkeiten gleich sind. Ihre vorzüglichsten Verbindlichkeiten beziehen sich auf den Richter, auf ihren Gegner und auf den Rechtsstreit selbst.

I. Dem Richter, welcher Namens des Staats handelt, sind sie 1) die Achtung schuldig, welche dem Staatsdiener in der Ausübung der öffentlichen Gewalt gebührt; alle Nebenrükficht auf Rang und Ansehen verschwindet, im Prozesse hat es nur die Parthey mit dem Richter zu thun[a]), wie jener Leibarzt, der nach einer mehr freyen Erklärung seinem darüber empfindlichen Monarchen die schöne Replik machte, daß er nicht seinem Monarchen, sondern seinem Patienten gerathen habe. 2) Sie sind ihm in den Gränzen seines Amtes und nach dem Gang des gerichtlichen Verfahrens aus der nämlichen Ursach Gehorsam schuldig.

II. Ihrem Gegentheil sind sie verbunden, allen Schaden zu ersetzen, welchen sie ihm durch unerlaubte Handlungen bey dem Rechtsstreite ver-

a) Ein schönes Beyspiel siehe in Häberlins Staatsarchiv. Heft 19. Seite 344.

ursachen; ungerecht ist es 1) wenn sie durch Verschweigung oder Verdrehung der Wahrheit ihn um sein Recht bringen, sie sind also zur Wahrheit verbunden; ungerecht 2) wenn sie die Vertheidigungsmittel zu Werkzeugen unedler Leidenschaften oder um die Realisirung des Rechts ihrem Gegner zu erschweren, mißbrauchen: ungerecht 3) wenn sie auch ohne bösen Vorsatz ihrem Gegner zu einem unnöthigen Prozesse zwingen; denn Führung eines Rechtsstreits bey Gericht ist immer eine sehr wichtige Handlung, man mag es von der Seite betrachten, daß der Prozeßführende die öffentliche Gewalt nicht zu vergeblichen oder unnöthigen Schritten veranlassen darf, oder daß er nur unter Beobachtung des gehörigen Grades von Fleis da, wo es den Rechten eines andern gilt, handeln darf. Verlezt ein streitender Theil eine dieser drey Verbindlichkeiten, so muß er alle Folgen dieses Verschuldens tragen, und allen daraus entstandenen Schaden ersetzen. Die Kosten des Rechtsstreits sind eine unmittelbare Folge seiner rechtswidrigen Handlung, sie sind demnach nur nach der Natur des Schadenserſatzes, keineswegs aber als Stafe zu beurtheilen. Nach dieser Entwickelung muß die Lehre von den Prozeßkosten im allgemeinen Theile der Theorie des Prozesses bey der Lehre von strei-

tenden Theilen behandelt werden, wohin sie auch Martin *) ganz richtig gesezt hat. 4) Die Gesetze suchen noch durch andere Mittel der Verletzung dieser Verbindlichkeiten zu hindern, wohin die Eyde vor Gefährde (Iuramenta calumniae) gehören; auch bestimmen sie 5) Fälle, wo ein streitender Theil zur Realisirung seiner künftigen Rechte besondere Sicherheit (Cautio) fodern kann.

III. In Beziehung auf den Rechtsstreit sind sie verbunden, den Handlungen bey Gericht mit dem Fleisse und der Pünktlichkeit abzuwarten, welche die Gesetze nach der Wichtigkeit eines bey Gericht zu führenden Streits erfodern. Die Verletzung dieser Verbindlichkeit muß nachtheilige Folgen für jenen hervorbringen, der sie verlezt, daher die Folgen des Ungehorsams, Ersatz der Contumacialkosten und zuweilen Verlust der verabsäumten Handlung im Allgemeinen.

VII.

Auch ihre Lasten sind gleich, dies ist der sechste Grundsatz, welcher als eine Folge des

*) Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerl. Prozesses §. 73.

vierten keines Beweises bedarf. Daher muß jeder Theil die Gerichskosten, welche sein Antrag veranlaßt, und welche nur zu seinem Vortheil nothwendig sind, allein vorschiessen; Kosten hingegen welche für Handlungen ergehen, die zu ihrem gemeinsamen Vortheil abzwecken, schiessen sie gemeinsam vor. Daß ein Theil dem andern einen Geldvorschuß mache, damit dieser die Kosten des Rechtsstreits überhaupt bestreiten könne, ist eine Stöhrung des Grundsatzes von Gleichheit der Lasten; der Vorschuß kann auch gar nicht aus der Natur eines Prozesses beurtheilt werden, sondern nur die Grundsätze von Alimentation können darüber Bestimmungen angeben a).

a) Vergl. Leyser spec. 84. Wernher Observ. Part, V. obs. 83.

XIII.

Ueber die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens.

I.

Schon die ältern Werke über den gemeinen Prozeß, welche hier anzuführen überflüssig ist, hielten eine Bestimmung der wesentlichen Stücke des gerichtlichen Verfahrens für wichtig genug, um sie näher zu prüfen. Sie erklärten jedes Verfahren, bey welchem einer dieser wesentlichen Bestandtheile vernachläßiget war, für tumultuarisch, und es mangelte nicht an Kontroversen über einzelne Handlungen, ob sie zu den wesentlichen Stücken gehören: so streiten sie, ob die Ladung ein wesentlicher Bestandtheil sey, weil sie den Fall als möglich finden, daß der Beklagte ohne Ladung bey Gericht erscheint, und dort freywillig auf die Klage antwortet.

Wer will es auch läugnen, daß in einer wissenschaftlichen Behandlung einer Sache die Bestimmung ihrer wesentlichen Bestandtheile das erste Bedürfniß, und selbst in der Ausübung von grossem Nutzen ist? Das Interesse stieg aber dadurch, daß man von diesen wesentlichen Stücken ausgieng, um die Begriffe des ordentlichen und summarischen Prozesses zu finden, welche in den Verfahren die wichtigsten Folgen hervorbringen.

Noch Danz a) nimmt sechs wesentliche Bestandtheile des Prozesses, Klage, Ladung, Antwort, Beweis, Urtheil, Vollstreckung an, und verbindet damit die Eintheilung des Prozesses in den ordentlichen und summarischen, bey welchem man nach seiner Meynung bey den wesentlichen Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens stehen bleibt und von den Förmlichkeiten mehr oder weniger vernachläßiget.

II.

Daß man auf diesem Wege zu einer richtigen Erkenntniß der Natur des ausserordentlichen

a) Ordentl. Prozeß §. 58.

(summarischen) Prozesses im Allgemeinen nicht gelangt, daß hierdurch der wahre Gesichtspunkt ganz verrückt wird, fällt in die Begriffe. Aber die Sache bedarf, abgesehen sogar von dieser Eintheilung, einer ausführlichern Darstellung.

Grolman hat in dieser Lehre die Bahn gebrochen, auf welcher allein die Wahrheit gefunden werden kann, und ihm gebührt die Ehre der Erfindung, wenn ich auch glaube, daß erst durch eine Berichtiguug und Ergänzung dieser Gegenstand ins Reine gebracht werden kann. Er unterscheidet zwischen absolut und zwischen bedingt wesentlichen Stücken des gerichtlichen Verfahrens. Absolut wesentlich nennt er jene, ohne welche allenthalben kein gerichtliches Verfahren gedacht werden kann; da nun die Entscheidung des Richters, ohne welche der Schutz des Seinen durch die richterliche Gewalt nicht ertheilt werden kann, nur unter der Voraussetzung statt findet, daß 1) die Merkmale eines bestimmten Falls von denen, welche daraus Rechte ableiten wollen, dem Richter vorgelegt und dann 2) diese Merkmale selbst vom Richter geprüft worden sind, so sieht er diese beyden Bedingungen als absolut wesentliche Be-

standtheile des gerichtlichen Verfahrens an *). Jede einzelne Handlung, ohne welche eine oder die andere dieser Bedingungen nicht vollkommen erreicht werden kann, ist ebenfalls wesentlich; weil aber diese einzelnen nothwendigen Handlungen, nach Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände, verschieden seyn können, so kann es auch nicht auffallen, daß öfters eine bestimmte Handlung in dem einen Prozesse als wesentlich erscheinen kann, während sie in einem Andern, vielleicht selbst als unnütz erscheint; diese Handlungen nennt er bedingt wesentliche Theile des Verfahrens b).

III.

Diesen wesentlichen Bestandtheilen sezt er c) die Förmlichkeiten entgegen. Wenn man sich ein wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens als einen bestimmten zu erreichenden Zweck denkt, so kann es mehrere verschiedene Mittel geben, wodurch dieser Zweck vollkommen zu erreichen ist, und zwischen welchen demnach

a) Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 74.

b) a. a. O. §. 75.

c) §. 76.

nothwendig gewählt werden muß. Hier können Nebenabsichten als die Wahl entscheidend betrachtet werden, und wenn die Gesetze willkührliche Handlungen als Mittel zum Zwecke wählen, so kann man diese Handlungen mit dem Namen: Förmlichkeiten des Prozesses, bezeichnen, weil auch ohne ihren Gebrauch ein zweckmässiges Verfahren gedacht werden kann. Grolman unterscheidet sie von den wesentlichen Bestandtheilen dadurch, daß diese nicht unterlassen werden können, ohne daß das Verfahren in ein tumultuarisches ausartet, und als nichtig zerfällt, wogegen die Unterlassung der Förmlichkeiten die Nichtigkeit als nothwendige Folge nicht nach sich zieht, es müßte denn das Gesetz es ausdrüklich bestimmen.

IV.

Erhebliche Zweifel werden uns gegen diese Sätze aufstossen, so bald wir sie genauer beleuchten. Wenn die Gesetze genau bestimmen, welche Eigenschaften ein Gesuch haben muß, um darauf ein unbedingtes Mandat zu erkennen: ist dieses nur Förmlichkeit, oder zerfällt nicht vielmehr ein Verfahren des Richters, der ohne diese gesetzlichen Erfodernisse ein Mandat erkennt, als nichtig, vorausgesezt auch, daß die Gesetze

die Folgen der Vernachläßigung dieser Erfordernisse nicht ausdrücklich bestimmt haben? Wenn die Gesetze die Form einer gerichtlichen Handlung vorschreiben, kann man wohl ohne diese Form sich jene Handlung als vorhanden denken, welcher die Gesetze besondere Wirkungen beygelegt haben? — Der Prozeß ist einmal ein Gegenstand positiver Gesetze *a*), und sie machen eine Quelle desselben aus *b*), sollten wohl durch ihre Verordnungen nicht auch wesentliche Bestandtheile ihr Daseyn erhalten können? Die größte Bedenklichkeit gegen diese Darstellung scheint mir aber darin zu liegen, daß es bey derselben unmöglich ist, die Natur der ausserordentlichen Prozeßarten aus dem rechten Gesichtspunkt zu betrachten, und die Folgen der Vernachläßigung gesezlicher Erfoderniße richtig zu beurtheilen.

V.

Wesentlich ist an jeder Sache alles, ohne dessen Daseyn eine Sache nicht das ist, was sie seyn soll; darum sind wesentliche Be-

a) Grolman §. 3.
b) Grolman §. 10.

standtheile des gerichtlichen Verfahrens alle jene Stücke, ohne welche man sich dasselbe nicht als dasjenige denken kann, was es seyn soll. Sobald man sich nun in dem Prozesse einen Gegenstand denkt, welcher nicht blos durch die Natur der Sache, sondern auch durch die öffentlichen Gesetze seine Bestimmungen erhält, so bald muß man auch beyde, die Natur der Sache und die Gesetze als Quellen anerkennen, durch welche einzelne Stücke zu dem Range wesentlicher Bestandtheile erhoben werden. Es ist daher Irrthum, wenn man die wesentlichen Bestandtheile nur aus natürlichen Grundsätzen ableiten, und alles, was die positiven Gesetze verordnen, unter dem Namen der Förmlichkeiten begreifen, und den wesentlichen Bestandtheilen entgegensetzen will. Ich kann den Satz durch ein sehr sprechendes Beyspiel ins Licht stellen. Die Appellationsfeyerlichkeiten verdanken unstreitig nur dem positiven Rechte ihr Daseyn; nun setze ich den Fall, daß bey offenbar vernachläßigtem Fatale interponendae der Richter Appellationsprozesse erkennt, und der Appellat sich in der Appellationsinstanz einläßt. Hier ist nur ein Erfoderniß des positiven Rechts vernachläßiget worden, und dennoch ist

es unbestritten, daß das ganze Appellationsverfahren nichtig sey. Man darf also den Begriff der wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens nicht auf die natürlichen beschränken, sondern man muß in denselben auch jene Stücke aufnehmen, welche aus den Verordnungen des positiven Rechts entspringen. Hiernach muß man mit Rücksicht auf die Quellen, woraus die wesentlichen Bestandtheile abgeleitet werden, sie in natürliche und positive abtheilen, welche in ihren Wirkungen sich von einander gar nicht unterscheiden.

VI.

Nun giebt es solche Bestandtheile ohne welche sich kein gerichtliches Verfahren, keiner Art, in keinem Streitgegenstand denken läßt, diese nennt Grolman absolut wesentliche und sezt ihnen die bedingt wesentliche entgegen. So wenig man ohne diesen Unterschied zu einer richtigen Erkenntniß des gerichtlichen Verfahrens im Ganzen gelangen und in jedem gegebenen Falle bestimmen kann, ob das Verfahren tumultuarisch sey, so wenig wird dieser Unterschied befriedigen, wenn man nicht zwey Gattungen der absolut und bedingt wesentlichen Stücke nach den

verschiedenen Rükſichten, welche dabey zum Grunde liegen, annimmt. Wenn die Gesetze verschiedene Prozeßarten einführen, so gibt es wesentliche Bestandtheile, welche allen, auch noch so verschiedenen Prozeßarten gemein sind, und Bestandtheile, welche nur nach den Eigenthümlichkeiten einer besondern Prozeßart jeder derselben eigen sind. Man könnte sie allgemeine und besondere wesentliche Bestandtheile nennen. Will man aber die Ausdrücke bedingt und absolut wesentlich beybehalten, welches auch geschehen kann, weil die besondern wesentlichen Stücke nur unter der Bedingung einer besondern Prozeßart als wesentlich gedacht werden können, so ist dieses die erste Gattung absolut und bedingt wesentlicher Stücke des Prozesses, bey welcher unter dem Ausdruck Prozeß die Ordnung des Verfahrens verstanden wird. Nun kann mancher der Bestandtheile, welcher nach dieser Rükſicht absolut oder bedingt wesentlich ist, diese Eigenschaft in einem so hohen Grade an sich tragen, daß er bey jedem in einer gewissen Prozeßart zu führenden Rechtsstreit als wesentlich erscheint, oder er wird erst in Voraussetzung besonderer Verhältnisse bey einem wirklich vorhandenen Rechtsstreite wesent-

lich: jene sind absolut, diese bedingt wesentlich in Rükſicht auf die Verhältnisse eines bestimmten streitigen Gegenstands, der Ausdruk Prozeß wird hier als ein existirender Rechtsstreit genommen, und dieses macht die zweyte Gattung der absolut oder bedingt wesentlichen Stücke des gerichtlichen Verfahrens.

VII.

Jeder wird einsehen, daß die genaue Sonderung dieser beyden Rükſichten für das Studium des Prozesses sehr wichtig ist, und daß ohne sie die Natur und Folgen der wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens nicht richtig erkannt und beurtheilt werden können. Der Mandatsprozeß oder das Concursverfahren hat seine besondern wesentlichen Bestandtheile, wodurch er sich als Verfahrungsart von dem ordentlichen Prozesse unterscheidet; aber jeder hat Bestandtheile, welche theils nur unter Voraussetzung besonderer Verhältnisse bey einem existirenden Rechtsstreite als wesentlich erscheinen, theils ohne diese Voraussetzung wesentlich sind. So ist im Arrestprozesse die Gefahr ein wesentliches Stück, wesentlich bey allen Arrestsachen; aber was die Gesetze über den Arrest wider die Person oder wi-

der die Güter verordnen, ist nur unter der Vorausseßung wesentlich, daß der Arrest auf eine der beyden Arten verhängt wird. Im ordentlichen Prozesse sind die wesentlichen Bestandtheile des Beweises durch Zeugen nur bedingt wesentlich, wenn nämlich der Beweis durch Zeugen bey einem vorhandenen Rechtsstreit geführt werden soll.

Weit deutlicher wird indessen diese Sache, wenn man die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens in allgemeine und besondere abtheilt; jene sind wesentlich bey allen Arten des gerichtlichen Verfahrens, diese nur bey einer besondern Verfahrungsart. — Und beyde sind entweder absolut oder bedingt wesentlich, das erste, wenn sie von besondern Umständen eines wirklich zu führenden Rechtsstreits unabhängig sind, das lezte, wenn sie nur unter Voraussetzung solcher besonderer Umstände als wesentlich gedacht werden müssen.

VIII.

Nach dieser nähern Bestimmung der Begriffe will ich die allgemeinen wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens, welche aus der

Natur der Sache abgeleitet werden können, mit Anzeige, ob sie absolut oder bedingt wesentlich sind, umständlicher aus einander setzen.

IX.

1) Wenn Schutz des Seinen Zweck der richterlichen Gewalt im Staate ist, und wenn jeder Bürger auf seine Rechte, die unveräusserlichen ausgenommen, und diese liegen ausser der Sphäre des eigentlichen Richteramts, Verzicht leisten kann, so darf die richterliche Gewalt nicht eher thätig seyn, als bis der Schutz des Staats gegen bürgerliche Rechtsverletzung reclamirt wird; es gibt also kein Verfahren von Amtswegen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, keinen Prozeß ex officio a). Die Anrufung des Richters heißt Klage im weitläufigen Sinne, und Klage ist ein absolut wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens, so verschieden auch ihr Namen und ihre Form seyn mag.

Die, besonders bey den Reichsgerichten üblichen fiscalischen Sachen, die Fälle des gebrochenen

a) Ein merkwürdiges Beyspiel siehe in meinen auserlesen. Rechtsfällen. Landshut, 1801. 8. Th. I. Nro. 4.

Landfriedens machen nur eine scheinbare Ausnahme. Sie sind blos Gegenstände der executiv Gewalt, keineswegs Gegenstände der richterlichen Gewalt, und es ist nur ein Rest minder aufgeklärten Zeiten, daß diese Sachen vor den Justiztribunalen in der Form bürgerlicher Prozesse eingeleitet werden, mit denen sie übrigens nichts gemein haben. Sie müssen immer als Staatssache, nicht blos als Sache der dabey interessirten Privatpersonen betrachtet werden, und nur aus diesem Gesichtspunkt kann man einen befriedigenden Grund angeben, warum hier ein Verfahren von Amtswegen statt findet, und warum bey ihnen sogar Verträge der im Privatverhältniß interessirten Theile keine Rükficht verdienen. Nur daraus wird es erklärbar, daß das kaiserliche Reichskammergericht in der bekannten Lütticher Unruhensache nicht nur von Amtswegen, sondern sogar „non attenta declaratione et petito Episcopi et principis Leodiensis," welcher sich mit seinen aufrührischen Unterthanen durch gütliche Uebereinkunft setzen wollte, eingeschritten ist *b*).

b) Reuß Deduct. Samml. Band 7. S. 165.

X.

2) Vortheile werden Niemand aufgedrungen; wenn also überhaupt der Staat nur dann den Schuz ertheilen kann, wann er begehrt wird, so kann er ihn auch nur so ertheilen, wie er gefodert wird; darum ist die Gewalt des Richters in Rüksicht auf die Verfahrungsart bedingt durch die Erklärung des Fodernden, was er als Sein anspreche, und wie er geschüzt zu werden verlange; der Satz, daß der Richter ultra petita partium nicht erkennen dürfe, ist demnach als Regel offenbar gegründet. Wenn jemand einen Streit, der zum possessorischen oder exekutiven Prozesse qualificirt wäre, in dem ordentlichen Prozesse anbringt, so darf der Richter von Amtswegen die Sache in eine ausserordentliche Prozeßgattung nicht einleiten. Doch hat das positive Recht die suppletorische Gewalt des Richters, besonders in Rüksicht auf die Nebenverbindlichkeiten, Früchte, Zinnsen, Kosten u. d. über die Gränzen des natürlichen Rechts erweitert. Aber man vergesse nicht, daß dieses unter die Ausnahmen gehört, welche nur durch eine Verordnung der Gesetze gerechtfertigt werden können.

XI.

3) Ohne einen Gegner zu haben, kann der Kläger wohl keinen Rechtsstreit führen, zwey streitende Theile müssen also bey einem jeden Rechtsstreit vorhanden seyn, einer welcher fodert (Kläger) und einer, gegen den eine Foderung geltend gemacht wird (Beklagter); dies ist selbst da unumgänglich nothwendig, wo es mehr der Vollstreckung als einer Entscheidung zu gelten scheint.

Aus diesem Grunde ist das Erscheinen des Beklagten ein absolut wesentlicher Bestandtheil des gerichtlichen Verfahrens, und solange der Beklagte bey Gericht noch nicht erschienen ist, existirt im Rechtssinne noch kein Rechtsstreit, alles, was geschieht, muß als Einleitung zu einem Prozesse betrachtet werden.

XII.

4) Indessen würde es dem Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate geradezu widersprechen, wenn man die Thätigkeit des Richters vom guten Willen des Beklagten ganz abhängig machen wollte, so, daß es in der Willkühr des Beklagten stünde, durch sein Nichterscheinen

vor Gericht die Gewalt des Richters ganz zu lähmen. Es muß also nach dem Zwecke alles gerichtlichen Verfahrens bestimmt seyn, welche Folgen das Nichterscheinen des Beklagten hervorbringe. Die Gradation dieser Folgen ist den Bestimmungen des positiven Rechts überlassen, und es läßt sich aus der Natur der Sache rechtfertigen, wenn das positive Recht den ungehorsamen Beklagten so behandelt, als ob er bey Gericht erschienen wäre (ficta litis contestatio, paritoria in contumaciam).

XIII.

5) Man kann sich einen Rechtsstreit denken, wo beyde Theile ohne vorhergehende Vorladung bey Gericht erscheinen. Zwey Contrahenten können sich über die Rechtsverhältnisse ihres abgeschlossenen Contrakts nicht vereinigen, sie kommen miteinander zum Richter, legen ihm den Contrakt vor, und begehren seine Entscheidung über das, was den Gegenstand ihres Streites ausmacht. Hier ist ein Rechtsstreit vorhanden, ohne daß eine Ladung vorhergieng. — Wenn aber der Beklagte nicht aus eigenem Antriebe bey Gericht erscheint, so muß er vom Richter vorgeladen werden; daher ist Ladung ein be-

dingt wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens.

XIV.

6) Jeder Bürger im Staate hat Anspruch auf gleichen Schutz, und der Staat darf nicht an einem Bürger eine Ungerechtigkeit begehen, um den andern bey seinem Rechte zu erhalten. Ungerechtigkeit würde es seyn, wenn der Richter die Rechtsverhältnisse unter zwey verschiedenen Personen nach den einseitigen Angaben eines Theils bestimmen wollte; das bekannte Rechtsaxiom: audiatur et altera pars, ist also unabänderliche Norm eines jeden Verfahrens, und eine Einleitung zur wechselseitigen Rechtsvertheidigung, Verstattung des rechtlichen Gehörs für beyde Theile ist absolut wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens; ein Grund mehr für die Nothwendigkeit einer Vorladung des Beklagten, wenn er nicht aus eigner Bewegung vor Gericht erschienen ist.

XV.

7) Diese Maxime, beyden Theilen gleiches Gehör zu verstatten, und auf einseitige Angaben keine Entscheidung zu bauen, darf aber ihre Wir-

kungen nicht blos auf die Vorladung des Beklagten beschränken, sondern sie muß sich auf das ganze Verfahren in allen seinen Theilen verbreiten, indem der Richter entweder das Vorbringen eines Theils seinem Gegner zur Gegenhandlung mittheilt, oder wenigstens beyden Theilen alles, was er zur Basis der Entscheidung nehmen will, bekannt macht, damit sie dagegen ihre Rechte vertheidigen können, wenn sie es für möglich und nützlich halten; und dies ist auch einer von den Gründen, welche beweisen, daß der Richter nicht seiner Wissenschaft von dem Streitgegenstand folgen darf, sondern seine Entscheidung blos auf dasjenige bauen muß, was in den Verhandlungen eines Rechtsstreits vorkam. (quod non est in actis, non est in mundo.)

Indem ich also behaupte, daß diese Maxime in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens, bey allen Prozeßarten und in allen Rechtsstreitigkeiten ein absolut wesentliches Stück des Verfahrens ausmacht, fodere ich keineswegs daß der Richter ihr allemal durch eine ausdrükliche Mittheilung zur Gegenhandlung Genügen leisten müsse; denn so bald das Gesetz die Vertheidigung gegen das Vorbringen

seines Gegners oder gegen dasjenige, was zur Basis einer widrigen Entscheidung genommen werden könnte, zuläßt, so bald genügt eine Bekanntmachung dieses Vorbringens, und die stillschweigende Verstattung der Vertheidigung ist der nothwendige Zweck des Richters bey dieser Bekanntmachung *a*). Aus diesem Grunde ist es offenbar, daß dieser Bestandtheil wesentlich ist, der Prozeß mag auf die Maxime der Verhandlung oder auf die Maxime der Untersuchung berechnet seyn *b*), die Bekanntmachung kann durch eine allgemeine Ladung auf die ganze Sache, verbunden mit einer solchen Gerichtsverfassung, daß alle Handlungen bey Gericht in Anwesenheit beyder Theile vor sich gehen, oder durch besondere Mittheilungs, und Eröffnungsbescheide geschehen; jenes ist der Fall bey dem Reichskammergerichtlichen Prozesse, dieses bey dem gemeinen deutschen Prozesse.

XVI.

8) Absoluter Zwang zur Rechtsvertheidigung kann nicht statt finden (§. IX), darum

a) oben S. 123.

b) Siehe oben Abhandl. X. §. 1. u. ff.

sagt die im vorigen Paragraph angeführte Maxime nur so viel, daß jedem erlaubt seyn muß, sein Recht bey einem Prozesse zu vertheidigen. War ihm hierzu der Weg geöffnet, so mag er immerhin auf sein Recht Verzicht leisten, und die Vertheidigung unterlassen, aber er muß die Folgen dieser Unterlassung tragen. Unter allen Folgen ist wohl die natürlichste, daß seine Unterlassung als ein Verzicht auf sie angenommen wird; daher sind Rechtsnachtheile, das Contumacialverfahren, nothwendige Mittel zum Zwecke des gerichtlichen Verfahrens im Allgemeinen; die Gradationen und übrigen Verhältnisse desselben im Einzelnen lassen sich durch die Natur der Sache nicht ausmitteln, sondern müssen durch positive Gesetze erst ihre nähere Bestimmung erhalten.

XVII.

9) Unsterblichkeit der Prozesse würde entstehen, wenn jedem Theil ohne Einschränkung auf Zeit und auf Zahl der gerichtlichen Handlungen erlaubt wäre, seine Vertheidigung zu führen, wann, und wie lange es ihm gefällig wäre. Eben dadurch würde aber das Verfahren als Mittel in einem sichtbaren Widerspruch mit

seinem Zwecke stehen. Die Zwekgemäsheit fodert also Bestimmungen der Zeit, Ordnung und Zahl der gerichtlichen Verhandlungen, und schon die Natur der Sache deutet uns Termine und Beschluß der Sache als nothwendige Mittel zum Zwecke des gerichtlichen Verfahrens an; die nähere Bestimmungen dieser Bestandtheile überläßt sie aber den positiven Gesetzen.

XVIII.

10) Ueberzeugung von der Richtigkeit der Merkmale eines Factums, worüber der Rechtsstreit vom Richter entschieden werden soll, ist die Bedingniß, ohne welche der Richter das Factum nicht unter das Gesetz subsumiren, nicht entscheiden kann. Diese Ueberzeugung heißt Beweis im allgemeinen Sinne, und dieser ist ein absolut wesentlicher Bestandtheil des gerichtlichen Verfahrens, welcher alles begreift, woraus diese Ueberzeugung erlangt wird, seyen es Eingeständnisse, Augenschein, Zeugen, Urkunden, Eyde, Schlüsse. —

XIX.

11) Bey dem auf die Untersuchungsmaxime berechneten Prozesse ist dieser angegebene Begriff

der einzige, den man mit dem Namen Beweis verbindet. Aber wo der Prozeß auf die Verhandlungsmaxime gebaut ist, und der gemeine deutsche Prozeß ist es, wo man von Beweistermin, von Beweisantretung spricht, und davon wichtige Rechtsfolgen abhängig macht, wo man das Beweisverfahren von dem ersten Verfahren genau absöndert, da ist ein engerer Begriff des Beweises nothwendig. Sind nun hier die Partheyen über die Merkmale des Factums nicht einig, und bedarf es dazu, daß der Richter die Behauptungen eines Theils für richtig annehmen kann, erst einer besondern Handlung, so, daß erst durch neue, von den vorigen Angaben verschiedene äussere Gründe die Ueberzeugung hervorgebracht werden kann, so müssen diese Gründe vorgelegt werden; dieß heißt Beweis im engern Sinne, er ist also nur ein bedingt wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens.

XX.

12) Nie kann vom Staate der Schutz ertheilt werden, bis der Richter erklärt hat, ob und in wie ferne das bestrittene Recht der Par-

theyen von dem Staate als aufrecht zu erhalten anerkannt werden könne *), d. h. bis der Richter entschieden hat, wer von den streitenden Theilen Recht hat. Entscheidung des Streits, Urtheil (sententia), in welcher Form es auch ausgefertigt werden mag, ist ein absolut wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens. Zwar können sich noch vor dem Ausgang des Rechtsstreits die Partheyen vergleichen, und dadurch die Entscheidung überflüßig machen, aber dann ist es auch nicht der Schutz des Staats, durch welchen man sein Recht erlangt, dann hat der Zweck des Verfahrens aufgehört, und vom Augenblick einer Uebereinkunft, eines Verzichts oder einer freywilligen Befriedigung des Klägers existirt kein Prozeß mehr.

XXI.

13) Sollen Urtheile des Richters dem hohen Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate entsprechen, so muß jenes realisirt werden, was der Richter für Recht erkannt hat, denn darin besteht eigentlich der wahre Schutz, welchen der Staat jedem Bürger zur Erhaltung des Seinen

a) Grolman a. a. O. §. 98.

zu ertheilen verbunden ist. Wenn also der unterliegende Theil nicht freywillig dem Ausspruche des Richters Genüge leistet, so muß er vom Richter dazu gezwungen werden; es leuchtet demnach von selbst ein, daß die Vollstreckung des Urtheils (executio) ein bedingt wesentlicher Bestandtheil des gerichtlichen Verfahrens ist.

XIV.

Von den Formalitäten und den Folgen ihrer Vernachläßigung auf Gültigkeit der Handlungen im gerichtlichen Verfahren.

I.

Dem Wesentlichen ist das Zufällige entgegengesezt, die Idee der wesentlichen Stücke im gerichtlichen Verfahren führte also von selbst zur Idee von zufälligen Stücken; auch stimmte die Erfahrung damit überein, denn man sah bey den vielen Stufen zwischen einer bis zur Ungültigkeit mangelhaften gerichtlichen Handlung und zwischen einer ganz vollkommenen, nicht nur gültigen, sondern auch geschmakvollen Handlung manche Grundsäße der Theorie des Prozesses, welche unbeschadet der Gültigkeit vernachläßiget werden können. Jede Klagschrift enthält einen Vernunftschluß, man kann also unter den beyden Vordersätzen das Gesetz oder das

Factum zum ersten Satze machen, und eine Klagschrift würde an ihrer Wesenheit nichts verlieren, wenn auch gegen die bisherige Sitte der Rechtssatz voran stünde, und auf ihn die Geschichtserzählung folgte; wenn der Exceptionssatz von der guten Ordnung nur in Kleinigkeiten abweicht, so ist er freylich von der Vollkommenheit entfernt, aber man duldet ihn dennoch, weil die Abweichungen in Kleinigkeiten nur als unbedeutend, als zufällige Mängel angesehen werden.

Vollständigkeit im Wissenschaftlichen fodert also, nach den wesentlichen Bestandtheilen auch von den zufälligen Stücken und den Folgen ihrer Vernachläßigung zu handeln; man that es auch in den Schriften über den Prozeß, aber der Standpunkt, von welchem man ausgieng, die fremdartigen Theile, welche man damit vermengte, konnten durchaus zu keinem wahren Resultate führen.

II.

Unter wesentlichen Stücken dachte man sich nur jene, welche schon die Natur der Sache als wesentlich erklärt; alles, was ausser ihr durch

positive Quellen bestimmt ist, sah man für nicht wesentlich oder für zufällig an, und faßte es unter dem gemeinschaftlichen Namen Förmlichkeiten zusammen; dadurch wurden die Ausdrücke Förmlichkeiten und zufällige Stücke des Prozesses gleichbedeutend, dadurch wurden alle Bestimmungen des positiven Rechts über den Prozeß in die Klasse der zufälligen Dinge gesezt, und auf diesen Grund das übrige Gebäude aufgeführt. Man leitete 1) hieraus die Begriffe für den ordentlichen und ausserordentlichen Prozeß ab, indem man sagte, daß bey dem lezten zwar alle wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens beobachtet, aber die Formalitäten ganz oder zum Theil vernachläßiget werden: man stellte 2) die Regel auf, daß die Vernachläßigung der Förmlichkeiten die Nichtigkeit der Handlung nicht zur Folge habe; um aber 3) die Blössen zu decken, welche an dieser Regel nur zu sichtbar waren, suchte man Ausnahmen auf, welche die mehresten nach Pütter *a*) darin festsezten, wenn das Gesez die Nichtigkeit der Handlung als Folge der vernachläßigten Förmlichkeit ausdrüklich bestimm-

a) De querelae nullitatis et appellationis conjunctione. §. 36. in seinen Opuscul is rem judic. Imp. illustrant. S. 319.

te, nur fügte Grolman b), dessen tiefdenkendem Geiste die Schwächen dieser Lehre nicht entgehen konnten, noch 4) die Ausnahme hinzu, wenn zugleich ein wesentlicher Theil der Verhandlung vernachläßigt worden ist, womit er den Fall bezeichnen will, wenn die Vernachläßigung einer Förmlichkeit mittelbar die Vernachläßigung eines wesentlichen Theils enthält.

III.

Der ganze Irrthum ruht auf dem Begriffe der wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens, indem man darunter nur die natürlich wesentlichen Stücke verstehen, und alle positive Theile ihnen als zufällige entgegensetzen will. Was immer das positive Recht verordnet, kann in keinem andern Sinne für zufällig gehalten werden, als insoweit ohne diese Bestimmung ein gerichtliches Verfahren überhaupt gedacht werden kann. So bald aber das Gesetz existirt, so kann dasjenige, was es verordnet, nicht mehr in dem Sinne für zufällig gehalten werden, als ob man seine Verordnungen ohne schädlichen Einfluß auf die Handlung und ihre Gültigkeit vernachläßigen könnte; wenn daher

b) a. a. O. §. 76. Note a.

ein positives Recht gewisse, nach der Natur der Sache zufällige, Stücke als nothwendig festsezt, so sind diese nunmehr in wesentliche Bestandtheile übergegangen, sie sind unter Voraussetzung einer positiven Bestimmung wesentlich, daher in Rükſicht auf die Quellen, woraus sie abgeleitet werden, bedingt wesentlich *).

Man hat also bey der übermäſigen Einschränkung des Begriffes von wesentlichen Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens und bey der übertriebenen Ausdehnung des Begrifs von zufälligen Stücken ganz übersehen, daß in einem Theile der positiven Rechtswissenschaft auch die Verordnungen des positiven Rechts Quelle sind, und schon dadurch wird es, a priori sichtbar, daß man diese Begriffe nach einem falschen Gesichtspunkt aufstellte, daß demnach das ganze Gebäude, wie man es auf diesen Grund aufführte, schon in der ersten Anlage höchst fehlerhaft war. Niemals kann man Förmlichkeiten mit den zufälligen Stücken des Prozesses für gleichbedeutend ansehen, schon aus reinen Principien kann man das Falsche dieser Begriffe darthun.

a) Man sehe die vorhergehende Abhandlung §. IV. u. V.

Zwar können einige dieser Formalitäten zufallige Stücke seyn, aber wer wird den Schluß von Einigen auf Alle für bindend erkennen? Denn es gibt auch im Gegentheil viele Förmlichkeiten, welche nach der Lage eines Rechtsstreits nichts weniger als zufällige Stücke sind. Niemand hat noch die Formalien und Fatalien einer Appellation für Dinge erklärt, ohne welche eine Appellation rechtlich vorhanden seyn kann; man darf also dasienige nicht zum allgemeinen Grundsatz erheben, was einigen Förmlichkeiten, und da nur unter besondern Einschränkungen, zukömmt: und was den allgemeinen Rechtsgrundsätzen so stark wiederstrebt, muß auch eben so grosse Nachtheile in der Anwendung hervorbringen. Wer vermag wohl die Folgen zu berechnen, wenn in einem Gegenstand des positiven Rechts die Verordnungen desselben für zufällig erklärt werden, wenn dadurch für Richter und Partheien Willkühr zur rechtsbeständigen Maxime gemacht und über das Gesetz erhoben wird? Ueberhaupt sind die Folgen eines Irrthums weitaussehend, welcher die Verordnungen der Gesetze unter die falsche Ansicht des zufälligen stellt, und dadurch eine Veranlassung gibt, die Verordnungen der Gesetze mit einer zweckwidrigen Geringschätzung zu behandeln.

IV.

Schon diese Gründe werden das Falsche der bisher gewöhnlichen Lehre hinreichend vor Augen legen, und man wird seine Erwartungen nicht getäuscht finden, wenn man den Folgen, die daraus gezogen wurden, kein besseres Loos vorausagt.

Falsch ist die Darstellung des Verhältnisses zwischen dem ordentlichen und dem ausserordentlichen Prozeß, wenn man dieses auf eine gänzliche oder theilweise Vernachläßigung der Förmlichkeiten zurükführt, und hiernach die Begriffe des ordentlichen und ausserordentlichen Prozesses bestimmt. Nicht zu gedenken, daß es ein Mißlaut ist, wenn man Vernachläßigung der Gesetze zum Kennzeichen einer Prozeßart aufstellt, trägt der daraus abgeleitete Begriff den erheblichen Mangel an sich, daß er nicht auf alle Arten des ausserordentlichen Prozesses paßt. Manche der summarischen Prozesse, z. B. der Executiv, und Concursprozeß haben Förmlichkeiten, wovon im ordentlichen Prozesse gar nichts bekannt ist, es gilt da keiner Vernachläßigung der Formalitäten mit Beybehaltung der wesentlichen Stücke des gerichtlichen Verfahrens,

sondern die Eigenheit dieser Prozeßarten besteht in besondern, von jenen des ordentlichen Verfahrens, verschiedenen Förmlichkeiten. Man gelangt also auf diesem Wege nicht einmal zu einer richtigen Erkenntniß über das Verhältniß des ordentlichen Prozesses zu dem summarischen.

V.

Folgenreicher ist der Irrthum, wenn man wegen der Vermischung zufälliger Stücke des Prozesses mit den Formalitäten die Regel aufstellt, daß ihre Vernachläßigung die Ungültigkeit der Handlung nicht zur nothwendigen Folge habe. Pütter in der oben (. §. II.) bemerkten Stelle will zwar diese Regel durch ein Beyspiel beweisen, und beruft sich auf den Fall, wenn der Richter die Ladung, um die Zeugen schwören zu sehen, unterlassen hat Allein läßt sich dieses Beyspiel nicht durch viele andere aufwiegen, wo die Unterlassung der Förmlichkeiten die Richtigkeit einer Handlung hervorbringt? Denke man doch nur an die Formalien der Rechtsmittel, an Appellationssumme, Einhaltung der Termine, um Beweise des Gegentheils in Menge zu finden, und um sich zu überzeugen, daß man aus einem Falle keine Regel abstrahiren darf.

Ich muß aber bey diesem Punkte, seiner Wichtigkeit wegen noch länger stehen bleiben.

Wenn die Gesetze die Form einer Handlung, also bey dem Prozesse seine Formalitäten vorschreiben, da sanctioniren sie diese Handlung nur unter der Bedingung einer genauen Beobachtung dieser Form. Ein Testament, dem die gesetzliche Anzahl von sieben Zeugen mangelt, ein Notariatsinstrument ausgefertiget in einer fehlerhaften Form, ist wegen Mangel an Förmlichkeiten ungültig; wir erkennen also in vielen Fällen die Ungültigkeit der Handlung als eine nothwendige Folge vernachläßigter Förmlichkeiten, und müssen sie als solche erkennen. Gesetze müssen befolgt werden, und wer eine Handlung nicht so vornimmt, wie das Gesetz befiehlt, handelt gegen das Gesetz, also ungültig; Ungültigkeit einer gesetzwidrigen Handlung ist also eine nothwendige, natürliche Folge der Uebertretung des Gesetzes, und diese Folge ist Regel, das Gegentheil Ausnahme. Dieser Satz ist allgemein gültig und anwendbar, er erstrekt sich daher auch über den Prozeß.

VI.

Es läßt sich aber noch überdies seine vorzügliche Kraft im Prozesse aus besondern Gründen beweisen. Jede Ordnung des gerichtlichen Verfahrens ist ein Mittel zur Erreichung eines Zweks, welcher ein Ausfluß der Staatsgewalt und mit dem obersten Zwecke des Staatsvereins innigst verbunden ist; der Staat befiehlt also, wie das gerichtliche Verfahren geordnet und jeder einzelne Theil eingerichtet werden soll. Wir haben demnach es mit Gesetzen zu thun, welche allenthalben Verbindlichkeiten auflegen, und mit deren Absicht Willkühr, oder was eben so viel sagt, Gültigkeit der wider das Gesetz unternommenen Handlungen, als Regel nicht vereinbar ist; selbst das Objekt der richterlichen Gewalt, der Zwek ihrer Einsetzung beweißt, daß alle Maximen im Prozesse auf strenge Beobachtung der gesetzlichen Verordnungen berechnet seyn müssen, und daß die natürliche Folge aller gesetzwidrigen Handlungen, Richtigkeit derselben, auch im Prozesse als Regel aufgestellt werden muß.

Auch sind die Folgen dieser Regel im Prozesse weit mehr anerkannt, als die Gegner wähnen. — Daß jener in die Strafe des Unge-

horsams fällt, der bey Gericht zwar erscheint, aber die Handlung nicht so, wie er sollte, vornimmt — Daß eine unrechtmäßig erkannte oder insinuirte Ladung gar keine Wirkungen hervorbringt — Daß eine Schrift, worin der Beweis durch Zeugen angetreten wird, ohne Benennung der Zeugen keine Einhaltung des, nach den mehrsten Landesgesetzen peremtorischen Beweistermins erwirkt — daß der unrecht erkannte Arrest keinen Gerichtsstand des Arrestes in der Hauptsache begründet — dies alles sind unbestrittene Sätze im Prozesse, und aus jedem derselben leuchtet der Grundsatz hervor, daß auch im Prozesse eine nicht nach der gesetzlichen Form vorgenommene Handlung ungültig ist: und wenn Grolman *a*) sogar eine Strafe wegen unterlassenen Formalitäten zuläßt, sollte nicht die Konsequenz fodern, die Ungültigkeit einer strafwürdigen Handlung noch vor der Strafe als Regel anzunehmen?

VII.

Einen Einwurf macht Pütter *a*) aus den Folgen, welche daraus entstehen würden, wenn

a) a. a. O. §. 76. Sch. a.

a) a. a. O.

man jede Unterlassung einer Formalität als einen Grund anerkennen wollte, wegen welchem die Handlung ungültig ist. Die Advocaten, sagt er, würden jede, auch unbedeutende, Vernachläßigung für eine Nullität ausgeben, und auf diesem Wege manchen unnützen Streit verewigen. — An und für sich kömmt es bey dem Recht auf Convenienz nicht an, ich kann mich aber sogar darauf einlassen, denn aus der von mir aufgestellten Regel würde sehr viel Gutes, aus der entgegengesezten sehr viel Böses entstehen. — Ist Nichtigkeit der Handlung, die in der Regel eintretende Folge, so müssen Richter und Partheyen die Gesetze streng befolgen, und in allen ihren Handlungen sich der größten Pünktlichkeit befleißigen. — Ist sie aber nicht regelmäßige Folge, so ist Willkühr an die Stelle des Gesetzes getreten, so kann Richter oder Parthey einen Theil durch Unterlassung der Formalitäten verletzen, und es auf den Fall immer ankommen lassen, ob der Verlezte diese Unterlassung unter die Fälle bringen kann, wo Ausnahmsweise Nichtigkeit der Handlung eintrit, und worüber ihm, weil sie zu den Ausnahmen gehört, der Beweis obliegt.

Man hat also die Regel zur Ausnahme gemacht, und eine Regel aufgestellt, welche mit den allgemeinen Grundsätzen im Widerspruch steht, mit vielen im Prozesse anerkannten Grundsätzen nicht harmonirt, und die schädlichsten Folgen hervorbringt. Schon darum muß man sie verlassen, aber noch deutlicher überzeugt man sich von der Nothwendigkeit einer Verbesserung dieser Lehre, wenn die Ausnahmen näher untersucht werden, wodurch man die Blössen der Regel decken wollte, indem diese ihrem Zwecke gar nicht entsprechen.

VIII.

Die erste Ausnahme nimmt Pütter in den Fällen an, wo das Gesetz die Nichtigkeit der Handlung als Folge der unterlassenen Formalität ausdrüklich erklärt. — Aber bedarf es denn einer ausdrüklichern Erklärung, als wenn das Gesetz bestimmt, in welcher Form eine Handlung vorgenommen werden soll? ist denn nicht jede nothwendige Folge der Uebertretung eines Gesetzes schon mit dem Gesetze unterzeichnet? Die Gesetze über das gerichtliche Verfahren können nicht geringere Folgen hervorbringen, können keiner grössern Willkühr überlassen wer-

den, als Gesetze überhaupt; wenn also eine gesetzwidrige Handlung ungültig ist, sollte auch das Gesetz diese Folge nicht zu allem Ueberfluß ausdrüklich bestimmen, so muß eben dies Rechtens seyn bey Gesetzen über das gerichtliche Verfahren (§. VI.), folglich ist es theoretisch unrichtig, wenn man die natürliche Folge gesetzwidriger Handlungen zur Ausnahme machen will; und es ist doch nicht unbedeutend, was man als Regel oder als Ausnahme aufstellt, denn jener, welcher gegen eine gesetzwidrige Handlung kämpft, hat es doch wohl nicht verdient, daß er erst mit dem Beweise ihrer Ungültigkeit belastet wird, eine Last, welche immer mit der Behauptung einer Ausnahme verbunden ist.

Aber auch in practischer Hinsicht ist diese Ausnahme nicht richtig, denn man kann es wohl nicht läugnen, daß ausser den schon oben (§. VI.) bemerkten Fällen noch öfters die Richtigkeit einer Handlung blos deßhalb angenommen ist, weil sie als eine nothwendige Begleiterin alles Gesetzwidrigen auch ohne ausdrükliche Bemerkung derselben im Gesetze betrachtet werden muß.

IX.

Könnte je etwas die Blöße decken, welche bey Aufstellung einer Ausnahme zur Regel unvermeidlich ist, so wäre es die von Grolman gemachte Ausnahme (§. II.), indem sehr viele Förmlichkeiten, deren Unterlassung mit Nichtigkeit der Handlung verbunden ist, mittelbar eine Verletzung der natürlich wesentlichen Bestandtheile enthalten. Man kann z. B. sagen, daß es an der Person des Richters mangelt, wenn die Appellationsfeyerlichkeiten nicht vorhanden sind, und da ist wegen mangelnder Gerichtsbarkeit mittelbar ein schon aus der Natur der Sache als wesentlich fliessender Bestandtheil des Verfahrens vernachläßiget. Allein auch die beste Ausnahme kann den Fehler nicht ganz verbessern, der in einer unrichtigen Aufstellung der Regel liegt; man verlasse lieber die Bahn, wenn sie nach richtigen Grundsätzen nicht vorgezeichnet ist, ehe man in künstlichen Wendungen sein Heil sucht, welche immer einen Zwang mit sich führen, und selten so ganz und allgemein befriedigen, daß nicht grosse Zweifel noch übrig bleiben sollten.

Daß aber auch diese Ausnahme nicht alle Lücken ausfüllt, ist schon aus dem Satze klar, daß die Handlung, welche nicht so, wie es die Gesetze wollen, vorgenommen wurde, von der Strafe des Ungehorsams nicht befreit, folglich auch ohne Verletzung eines natürlich wesentlichen Bestandtheils als ungültig angesehen wird.

X.

Wie kann man demnach auf dem bisher gewöhnlichen Wege die Wahrheit finden — man schränke in einem Gegenstand des positiven Rechts den Begriff der wesentlichen Stücke nicht auf solche ein, welchen schon die Natur der Sache diese Eigenschaft beylegt, sondern man nehme auch jenes in die Reihe wesentlicher Bestandtheile auf, was die positiven Gesetze hiezu erhoben haben — man erweitere den Begriff der zufälligen Stücke des Prozesses nicht über seine Gränzen, und sehe nicht alles, was erst durch positives Recht eingeführt ist, für zufällig an, man halte nicht zufällige Stücke und Formalitäten für gleichbedeutende Worte — man schränke die nothwendigen Folgen der Gesetze über das gerichtliche Verfahren nicht weiter ein, als die Folgen der übrigen Gesetze, von denen sie sich

durch den Gegenstand, aber nicht durch ihre verbindende Kraft unterscheiden. Nur dadurch kömmt man auf den rechten Weg, den man fortwandeln muß, um zur Wahrheit und zu einem ganz consequenten Resultate zu gelangen.

XI.

Der Weg zur Wahrheit läßt sich durch einige sehr einfache Sätze finden. Ich will sie als Aphorismen, als Sätze, welche keines Beweises bedürfen, anführen, und die Anwendung derselben auf meinen Gegenstand nachher machen.

1) Was nach der Natur der Sache kein wesentlicher Bestandtheil des gerichtlichen Verfahrens ist, bleibt auch im gemeinen deutschen Prozesse zufällig, bis die Gesetze ihm eine andere Eigenschaft beylegen. Nur nicht zu verengt darf der Termin seyn, die übrigen Bestimmungen bey dem Termine überläßt Natur der Sache dem Richter, dies ist also zufällig, und dies bleibt es auch im Prozesse, wenn nicht positive Gesetze darüber etwas anderes verordnen.

2) Haben die Gesetze über das gerichliche Verfahren etwas bestimmt, so entsteht aus die-

sen Gesetzen keine andere Verbindlichkeit, als aus den Gesetzen im Allgemeinen.

3) Jedes Gesetz hat in der Regel die Folge, daß eine Handlung, welche demselben nicht gemäß ist, auch nicht als gültig betrachtet werden kann, wenn auch das Gesetz diese Nichtigkeit der ihm zuwiderlaufenden Handlungen nicht ausdrüklich erklärt; also sind auch alle Handlungen im Prozesse, welche die gesezlichen Vorschriften (Formalitäten) vernachläßigen, in der Regel nichtig, wenn auch das Gesetz die Vernachläßigung mit dieser Folge nicht ausdrüklich belegt.

4) Ausnahmen von dieser Regel lassen sich denken; aber sie müssen als Ausnahme auf hinreichenden Gründen beruhen.

5) Nichtigkeit des Theils, oder im Prozesse Nichtigkeit einer einzelnen Handlung hat nicht sogleich Nichtigkeit des Ganzen zur Folge; eine Handlung kann daher an sich nichtig seyn, wenn sie gleich das Ganze nicht ungültig macht. Man darf also nicht von einer auf die andere, aber auch nicht so schliessen, daß eine unförm-

liche Handlung deßhalb gültig sey, weil sie die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens nicht erzeugt.

6) Soll die Nichtigkeit einer Handlung Nichtigkeit des Ganzen hervorbringen, so muß ein besonderer Grund dieser Ausdehnung vorhanden seyn.

7) Manche an sich nichtige Handlung kann gültig werden durch einen Verzicht desjenigen, wessen Rechte dabey im Spiele sind; aber man darf dieses nachfolgende Gültigwerden nicht mit dem vorhergegenden Gültigseyn verwechseln.

XII.

Schon die im vorigen Paragraph angeführten Sätze zeigen, daß nicht alle Formalitäten von gleicher Art und Wirkung sind, ob sie gleich einen neuen Beweis des Irrthums enthalten, den man begeht, wenn man zufällige Stücke und Formalitäten für gleichgeltend annimmt; denn die Formalitäten können zwar zufällige Stücke eines aus positiven Quellen abgeleiteten Prozesses seyn, aber daraus folgt nicht, daß sie es sind, und noch weniger, daß sie es seyn müssen, daß alle nach gleichem Maßstab zu bemessen sind.

Vor allem muß demnach darauf gesehen werden, ob die Gesetze etwas befohlen, oder als nothwendig erklärt haben, oder ob sie von einer Sache als zufälligen eine Meldung thun, indem sie dieselbe dem Ermessen des Richters oder dem Gutbefinden der Parthey überlassen a); daß die Förmlichkeiten der lezten Art unter die zufälligen Stücke gehören, ist durch den Buchstaben des Gesetzes entschieden. Die Formalitäten der ersten Art sind nothwendige Stücke im Verfahren. Die zufälligen können vernachläßiget werden, ohne daß die Gültigkeit der Handlung geschwächt wird; bey den nothwendigen Stücken ist Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Handlung nothwendige Folge ihres Widerspruchs mit dem Gesetze, bis das Gegentheil dargethan werden kann, ohne Unterschied, ob das Gesetz diese Folge ausdrüklich bestimmt oder nicht. Aber wenn auch eine Handlung ungültig ist, so folgt daraus die Ungültigkeit des ganzen Verfahrens keineswegs, sondern nun wird ein besonderer Grund erfodert, welcher die Folge der Nich-

a) Dahin gehören die Termine, bey welchen die Zeitbestimmung, wenn nur der Termin nicht zu eng ist, vom Ermessen des Richters abhängt; die Verordnung des J. R. A. §. 96. über die Rechtsausführungen u. d. m.

tigkeit einer Handlung auf das ganze Verfahren überträgt, und dieser Grund kann entweder ausdrüklich in dem Gesetze oder in der wesentlichen Verbindung dieser mangelhaften Handlung mit dem ganzen Verfahren liegen. Ist nun ein Theil des gerichtlichen Verfahrens, welcher durch das positive Recht eingeführt, und deßhalb unter dem allgemeinen Namen Förmlichkeit begriffen wurde, an sich selbst oder durch Bestimmung des Gesetzes so beschaffen, daß von ihm die Gültigkeit des ganzen Verfahrens abhängt, so muß derselbe zu den wesentlichen Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens, welche von dem positiven Rechte abstammen, gezählt werden; ist er aber so beschaffen, daß seine Vernachläßigung auf das Verfahren im Ganzen keinen Einfluß hat, so gehört die Formalität zwar nicht zu den wesentlichen, aber eben so wenig zu den zufälligen Stücken des gerichtlichen Verfahrens, sondern sie ist ein nothwendiges Stück, und ihre Vernachläßigung zieht die Ungültigkeit der Handlung nach sich, an welcher die Vernachläßigung begangen wurde, ohne eben hierdurch das ganze Verfahren nichtig zu machen.

XIII.

Als Regel stelle ich also den Satz auf, daß die Formalitäten, welche die Gesetze eingeführt haben, ohne Nichtigkeit nicht vernachläßiget werden können, daß also ein besonderer Grund vorhanden seyn muß, wenn ihre Vernachläßigung die Nichtigkeit der Handlung ausnahmsweise nicht zur Folge hat. Den Grund der Ausnahme können die Gesetze ausdrüklich oder mittelbar durch die Absicht enthalten, welche sie bey einer Förmlichkeit hatten.

Hingegen würde es sehr übereilt seyn, wenn man aus der Nichtigkeit der Handlung sogleich auf absolute (unheilbare) Nullität des ganzen Verfahrens schliessen, und die unheilbare Nichtigkeitsklage gegen den Zweck des gerichtlichen Verfahrens vervielfältigen wollte. Nur so weit tritt die Nichtigkeit ein, als wider das Gesetz gehandelt wurde, der Regel nach erstrekt sie sich also nicht weiter, als auf die Handlung, an welcher die Nachläßigkeit begangen wurde, denn dahin reicht die nothwendige Verbindung zwischen Ursache und Wirkung; es wird also ein specieller Grund erfodert, wenn ausnahmsweise Nichtigkeit des ganzen Verfahrens

aus der Nichtigkeit einer Handlung oder aus Vernachläßigung einer Förmlichkeit entstehen soll.

Man muß daher vor allem auf die Gesetze selbst zurükgehen, und bey dem Gesetze so lange stehen bleiben, als dasselbe die Folgen einer vernachläßigten Förmlichkeit bestimmt; verlassen uns aber die Gesetze, so ist Nichtigkeit der Handlung so lange die Regel, bis hinreichender Grund zu einer Ausnahme vorhanden ist, welcher entweder die Folgen der Nichtigkeit auf das ganze Verfahren ausdehnt, oder die Gültigkeit der Handlung, ungeachtet der verlezten Förmlichkeit, vertheidiget.

XIV.

Man wird gegen die Regel, wie ich sie aufstellte, schon im Anfang die Einwürfe gedacht haben, als würde durch diese Grundsätze der Gebrauch der Nullitätsklage erweitert, das Recht selbst dadurch ungewiß, den Chikanen ein weites Feld gegeben, die Kraft einer entschiedenen Rechtssache von Kleinigkeiten abhängig gemacht — Allein diese Einwürfe treffen mich nicht, weil ich nur die Nichtigkeit jener bestimmten Handlung, welcher es an den Forma-

litäten gebricht, als Regel aufstelle, keineswegs aber behaupte, daß von ihr in der Regel die Gültigkeit des ganzen Verfahrens abhänge, oder daß auf sie gegen ein sonst rechtskräftiges Urtheil die Nichtigkeitsklage gebaut werden könne. So bald man diese Beschränkungen macht, so läßt sich sogar aus den Folgen beweisen, daß diese Regel nothwendig ist, und mit dem ganzen Systeme des gemeinen Prozesses harmonirt.

Von der Nichtigkeit einer unförmlichen Handlung kann auch ausser den Fällen eines Rechtsmittels gegen Verfügungen des Richters die Rede seyn, besonders wenn nicht eine Handlung des Richters, sondern eine Handlung der Parthey zum Grunde liegt; setze man den Fall, der Beklagte hätte nicht so, wie er sollte, auf die Klage geantwortet, ein streitender Theil nicht in der gehörigen Form den Beweis angetreten, nicht mit Beobachtung der Förmlichkeiten die Apellation eingeführt: hier ist keine Rede von einer Nullitätsklage gegen ein richterliches Erkenntniß, sondern hier gilt es nur der Rechtsbeständigkeit einer Handlung, und hier treffen jenen Theil, der diese Handlung unförmlich unternommen hat, die Folgen ihrer gänzlichen Unter-

lassung, wenn sie ungültig ist. Diese Beyspiele beweisen, daß in der Lehre von den Wirkungen vernachläßigter Förmlichkeiten sehr bedeutende Lücken gelassen werden, wenn man die Folgen der Vernachläßigung nur mit Rükſicht auf das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage bestimmt, und die übrigen Folgen ganz unberührt läßt.

Auf der andern Seite ist auch der Schluß von Nullität der Handlung auf die Klage wegen unheilbaren Nullitäten übereilt. Nehme man selbst das von Pütter angeführte Beyspiel, um die Sache aus dem richtigen Standpunkt zu betrachten. Der Richter, welcher gegen die Verordnungen der Gesetze die Beweisartikel zur Stellung der Fragstücke dem Produkten nicht mittheilt, oder die Ladung, um der Leistung des Eydes beyzuwohnen, unterläßt, begeht doch unstreitig eine gesetzwidrige Handlung, und seine Handlung ist an sich ungültig; denn der Theil, welcher hierdurch in seinen Rechten verlezt ist, kann darauf dringen, daß die Handlung als ungeschehen betrachtet, und in der gesetzlichen Form vorgenommen werde; also erkennen die Gesetze, daß die Handlung, wegen vernachläßigten Förmlichkeiten ungültig ist.

Aber daraus folgt nicht, daß auch durch eine unheilbare Nichtigkeitsklage das ganze Verfahren umgestossen werden kann, die Gesetze fanden vielmehr in der Aufrechthaltung der Erkenntnisse einen Anrathungsgrund, in manchen Fällen eine Beschwerde wegen Rechtsverletzungen, welche aus unterlassenen Förmlichkeiten entspringen, auf den engern Termin der Appellation einzuschränken, und es als einen Verzicht auf sein Recht, als eine Einwilligung in die Verabsäumung der Förmlichkeit anzunehmen, wenn der verlezte Theil in diesem engern Termine sich nicht beschwert. Hier findet freilich die unheilbare Nichtigkeitsklage nicht Statt, aber darum ist die Handlung an sich selbst nicht gültig, sondern sie erhält erst in der Folge durch den Verzicht des verlezten Theils ihre Gültigkeit, es ist also eine Nullität vorhanden, aber nur eine von der Art, welche durch Einwilligung des verlezten Theils geheilt wird (nullitas sanabilis).

Man wird aus dem bisher Gesagten wahrnehmen, daß die Eintheilung der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare die Geringschätzung nicht verdient, mit welcher sie gewöhnlich behandelt wird, und daß der Schluß nicht bindet, den man

von der Unstatthaftigkeit der unheilbaren Nullitätsklage auf Gültigkeit der Handlungen machen will. Insbesondere muß man eine Uebertragung der bey den Rechtsmitteln Statt finden, den Grundsätze auf die Fälle vermeiden, wo von Ungültigkeit einer von den Partheyen vorgenommenen Handlung ausser dem Fall eines Rechtsmittels gegen Erkenntnisse die Rede ist.

XV.

Nach dem nunmehr berichtigten Gesichtspunkt kömmt es darauf an, die verschiedenen Klassen der Förmlichkeiten aus der Absicht, welche bey ihrer Einführung zum Grunde liegt, gehörig zu unterscheiden, und hierdurch Grundsätze zu finden, nach denen man bestimmen kann, ob eine Förmlichkeit unter die Ausnahmen gehört, und auch ohne ausdrükliche Bestimmung der Gesetze entweder nur eine zufällige Sache ist, welche unbeschadet der Gültigkeit einer Handlung unterlassen werden kann, oder ob sie nicht nur die Handlung ungültig macht, sondern die Folgen der Nichtigkeit über das ganze Verfahren verbreitet.

Erkennen läßt sich dieses nur aus den verschiedenen Absichten, welche bey den verschiede-

nen gesetzlichen Förmlichkeiten zum Grund lie-
gen, ich werde also diese zuerst angeben, und
daraus die nöthigen Grundsätze ableiten.

XVI.

Die Bestimmungen der Gesetze über das ge-
richtliche Verfahren haben verschiedene Absichten.
Sie wollen entweder 1) die Verfassung der Ge-
richte und die Gränzen der Gerichtsbarkeit festse-
tzen, damit durch zweckmäßige Bestellung der
Gerichte der verwaltenden Gerechtigkeit das öf-
fentliche Zutrauen verschaft, der Bürger gegen
Mißbrauch des richterlichen Ansehens gesichert,
alles schwankende aus dem Gerichtsstande ent-
fernt, folglich alles so geordnet wird, wie es
der Zweck der richterlichen Gewalt im Staate
nothwendig oder nüzlich macht. Oder der Staat
will durch Förmlichkeiten 2) den Handlungen bey
Gericht die Würde verschaffen, welche mit der
Ausübung der öffentlichen Gewalt im Staa-
te verbunden seyn muß. 3) Nicht selten finden
die Gesetze nöthig, die Begriffe und Eigenschaf-
ten besonderer Prozeßarten oder einzelner Hand-
lungen im Prozesse festzusetzen, vorzüglich bey
Gegenständen, welche das natürliche Recht posi-
tiven Bestimmungen überlassen muß. Begriffe

und Erfoderniſſe der Rechtsmittel, Nothfriſten, das Contumacialverfahren gehören in dieſe Klaſſe. 4) Andere legen einer Parthey Verbindlichkeiten auf, und geben der andern darauf ein Recht, um das Verfahren als Mittel zur wechſelweiſen Rechtsvertheidigung zweckmäßig zu machen, oder ſie geben der Parthey ein Recht auf beſtimmte Verfügungen das Richters, ſo weit ſie ein Mittel zu eben dieſem Zwecke ſind — dahin muß man alle Verordnungen über den Gang der Verhandlungen rechnen. 5) Manche Förmlichkeiten wurden eingeführt, um dem Verfahren und ſeinen einzelnen Theilen gröſſere Genauigkeit und Beſtimmtheit zu verſchaffen; z. B. die Ladungen um ſchwören zu ſehen, oder dem Augenſchein beyzuwohnen, Kunſtverſtändige zu ernennen. 6) Andere erhielten ihr Daſeyn, um die Art vorzuzeichnen, wie die Handlungen nicht nur eingerichtet werden ſollen, um mit den Geſetzen übereinzuſtimmen, ſondern um einen Grad von Vollkommenheit zu erreichen. 7) Endlich verbanden die Geſetze mit manchen Förmlichkeiten Nebenabſichten, welche mit dem eigentlichen Lauf des Prozeſſes nicht verbunden ſind, indem ſie die Partheyen gegen übermäßige Gebühren ſicher ſtellen, oder durch die Formen der

Aufschriften, des Papiers u. d. eine Gleichförmigkeit herstellen, oder die Erhaltung der Ordnung unter einer grössern Anzahl von Acten erleichtern wollen.

Jeder von diesen verschiedenen Beweggründen, welchen die verschiedenen Förmlichkeiten ihr Daseyn verdanken, muß verschiedene Folgen hervorbringen, welche die Gesetze, wie nun einmal die Quellen des gemeinen Prozesses beschaffen sind, nicht ausdrüklich bestimmen, und welche nur aus dem Geiste der Gesetze entwickelt werden können.

XVII.

I. Wenn die Gesetze etwas erlauben, anrathen, dem Ermessen des Richters anheimstellen, oder vom Gutbefinden der Partheyen abhängig machen, so legen sie keine Verbindlichkeit auf, man kann also nicht behaupten, daß eine nicht ganz so wie das Gesetz wünscht, unternommene Handlung gesetzwidrig sey, folglich ist auch eine solche Handlung nicht ungültig, da die Ungültigkeit nur eine Folge der Verbindlichkeit ist, welche aus dem Gesetze entspringt, also ein Gesetz voraussezt, das die

Absicht hat, Verbindlichkeiten aufzulegen. Man soll sich zwar nicht ohne Ursache von dem entfernen, was die Gesetze auch nur wünschen, und der Richter soll es am allerwenigsten, da in der Ausübung seines Amtes die größte Pünktlichkeit herrschen muß; aber niemals kann die Unterlassung einer solchen Förmlichkeit die Nichtigkeit einer Handlung zur Folge haben. Wo die Gesetze zwar nicht befehlen, aber doch rathen, bey einer Klagenhäufung so viele Libelle zu übergeben, als Klagepunkte gehäuft werden, oder bey einer Widerklage diese in einer besondern Schrift anzubringen, da kann man eine Handlung als ungültig nicht ansehen, wenn auch gegen den Wunsch der Gesetze diese Punkte in einer Schrift vorgetragen werden.

XVIII.

II. Gesetze hingegen, welche etwas befehlen, legen auf einer Seite eine Verbindlichkeit auf, und geben auf der andern Seite ein Recht, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu fodern. Jede Handlung, welche eine befohlene Formalität vernachläßiget, ist also gesetzwidrig, und verlezt Rechte; in dieser zweyfachen Hinsicht ist sie für sich allein, ohne Dazwischenkunft anderer

Umstände, ungültig und nichtig. Da nun die Gesetze in unserm auf die Verhandlungsmaxime berechneten gemeinen Prozesse sehr oft davon ausgehen, daß sie auch in den Mitteln, sein Recht bey Gericht zu verfolgen, dem ausdrüklichen oder stillschweigenden Verzichte des verlezten Theils Wirkungen beylegen, so läßt sich denken, daß durch einen solchen Verzicht eine Nullität erst nachher gehoben wird, ohne daß darum eine solche Handlung schon an sich selbst gültig gewesen wäre; so lange daher ein solcher Verzicht nicht vorhanden ist, kann eine solche Handlung nicht als gültig betrachtet werden, und derjenige Theil, dessen Rechte durch eine solche unförmliche Handlung verlezt sind, kann dagegen seine Befugnisse geltend machen.

Verschieden sieht man diesen Grundsatz bey dem Prozesse angewendet, je nachdem die Förmlichkeiten vom Richter oder von einer Parthey vernachläßiget wurden. Im lezten Fall verwirft der Richter öfters eine unförmliche Handlung von Amtswegen ganz, oder er gibt sie zur Verbesserung zurück, oder er macht eine Auflage zur Hebung des Mangels, wenn er gehoben werden kann (Praelocut), oder der Gegentheil zeigt die

Unförmlichkeit der Handlung (exceptio libelli inepti), und macht seine Anträge auf Verhängung der Folgen, welche mit der Nichtigkeit dieser Handlung verbunden sind. Im ersten Fall wird der Richter, so lange er noch selbst helfen kann, auf die Förmlichkeit durch eine passende Vorstellung aufmerksam gemacht, wenn aber die Sache nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann, so findet nur eine Beschwerde, ein Rechtsmittel statt, um dadurch die Rechtsverletzung von sich abzuwenden.

XIX.

III. Zu dieser Klasse gehören alle Förmlichkeiten, welche zum Besten der streitenden Theile eingeführt sind, und diese machen im gemeinen Prozesse nach der Absicht unserer Gesetze die Regel aus; da kann jeder sein Recht aufgeben, und durch seine nachfolgende Einwilligung nun erst die Handlung gültig machen. Der Verzicht auf sein Recht wird entweder ausdrüklich oder stillschweigend erklärt. Niemand wird zweifeln, daß der Vorgeladene auf sein Recht Verzicht that, wenn er bey einem zu sehr verengten Termin, anstatt die Einrede des zu engen Termins zu gebrauchen, in dem Termine die Handlung vor-

nahm, oder auf eine mangelhafte Handlung seines Gegners mit der Gegenhandlung einkam. Auch bey den vom Richter vernachläßigten Förmlichkeiten ist ein stillschweigender Verzicht von grosser Wirkung, wenn der verlezte Theil innerhalb der Zeit, welche die Gesetze zum Gebrauche der Rechtsmittel im allgemeinen festsetzen, sich eines Rechtsmittels nicht bedient; hieraus wird es ganz begreiflich, warum die Gesetze eine heilbare Nullität auf die Erfoderniſſe der Appelation zurükgeführt haben. Dies würde in Anwendung kommen, wenn der Produkt, dem die Beweisartikel zur Stellung der Fragstücke nicht mitgetheilt waren, die Abhörung der Zeugen, ohne gegen die unterlassene Mittheilung das Rechtsmittel der Appellation — oder vielmehr der auf die Appellationsfeierlichkeiten eingeschränkten Beschwerde über heilbare Nullitäten zu ergreifen, sich gefallen läßt a).

XX.

IV. Verzicht kann aber nur in Gegenständen ein Bestimmungsgrund der Rechte seyn, welche der Disposition der streitenden Theile über-

a) Vergl. Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen Fakultät. Band I. S. 36.

lassen sind, folglich kann durch ihn eine Handlung keine Gültigkeit erlangen, bey welcher eine Formalität unterlassen wurde, welche die Gesetze aus höhern Gründen, nicht blos zum Vortheil der Privatpersonen eingeführt haben; ihre Vernachläßigung erzeugt eine unheilbare Nullität, da kein ausdrüklicher oder stillschweigender Verzicht sie zu heilen vermag, und eben darum erstrecken sich ihre Folgen in der Regel auf Nichtigkeit des ganzen Verfahrens, da sie zugleich den Mangel eines Mittels in sich fassen, ohne welches der Zweck des gerichtlichen Verfahrens nach den bestehenden Gesetzen nicht erreicht werden kann. In diese Klasse gehören

1) alle Bestimmungen über Verfassung der Gerichte und über die Gränzen der Gerichtsbarkeit. Auf einen Richter kann man den Gerichtsstand nicht prorogiren, welcher die Gattung der Gerichtsbarkeit nicht hat, wozu eine Streitsache gehört. — Sehr deutlich liegt in diesem Beyspiel der Satz, daß der Verzicht in diesem von der Willkühr der Partheyen nicht abhängigen Punkte keine Wirkung habe.

2) Alle von den Gesetzen in Gegenständen des positiven Rechts festgesezten Begriffe und

mit solcher Kraft vorgezeichneten Erfordernisse, daß ohne sie etwas nicht Staat finden soll. Wo die Fatalien in einer Appellation vernachläßiget sind, da kann der obere Richter das rechtskräftige Urtheil nicht abändern, sollte sich auch der Appellat, ohne die Einrede der Desertion entgegen zu setzen, in der Appellationsinstanz eingelassen haben; auch hier kann sein Verzicht die wesentlichen Erfoderniße einer Appellation nicht abändern.

3) Wo die Legalität und Glaubwürdigkeit einer Handlung auf die Einhaltung der gesezlichen Form schlechterdings eingeschränkt ist. Ein Richter, der ohne aus den Akten zu schöpfen, oder ohne ein Protokoll geführt zu haben, die Partheyen anhört, und ihnen mit Vernachläßigung aller Form den Bescheid kurzweg gibt, hat ungültig gehandelt, und er verdient auch keinen Glauben, wenn er über den Vorgang nachher ein Zeugniß ausstellen wollte. Eben so ungültig sind Notariatsinstrumente, worin die Formalitäten vernachläßiget wurden.

XXI.

V. Jene Formalitäten, welche von den Gesetzen zufälliger Nebenabsichten halber eingeführt

wurden, ziehen die Nichtigkeit der Handlung nicht nach sich. Sie betreffen, eben weil nur Nebenabsichten ihr Grund sind, auch nur Nebendinge, und können die Nichtigkeit der Handlung nicht bewirken, da sie mit dem Zwecke derselben nicht in Verbindung stehen. Die Anzeige der Advocatentaxe auf der Rubrik, der Platz, wohin die Rubrik geschrieben wird, die Grösse des Papiers, die bey dem Reichshofrath vorgeschriebene Beylage des lezten Konklusums sind Beyspiele für diesen Grundsatz.

XV.

Ueber den Gerichtsstand einer geführten Verwaltung.

I.

Wenn Pütter *a*) den Gerichtsstand einer geführten Verwaltung nur als einen Abkömmling des Gerichtsstands eines Kontraktes ansieht, welcher gegen einen Abwesenden ipso jure nicht gegründet ist, und wenn andere Rechtslehrer *b*) noch neuerlich den Satz aufstellen, daß er sogar der ausschließend zuständige seyn soll, so macht schon der große Abstand in den Meynungen so angesehener Gelehrten eine Revision dieses Gegenstands nothwendig; schon vor Grolman hat Hellfeld *c*) mit Leyser und Carpzov, worauf er sich bezieht,

a) Rechtsfälle Band III. Th. 3. S. 770.

b) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahr. §. 40.

c) Iurispr. forens. §. 521.

die Meynung aufgestellt, daß der Beklagte nicht einmal wider seinen Willen gezwungen werden könne, bey einem anderen Gerichte über eine geführte Verwaltung sich einzulassen, und Cannegiesser [d]) hat diese Meynung noch ausführlicher vertheidiget.

II.

Diesen Gerichtsstand zu begünstigen, hatten die Gesetze einen überwiegenden Anrathungsgrund in der Erleichterung, welche dieser Gerichtsstand bey der Erörterung eines Rechtsstreits gewährt; denn man kann nicht leugnen, daß an dem Orte, wo eine Verwaltung geführt wurde, alle Mittel weit näher liegen, durch welche die Wahrheit dessen, worauf es bey einem solchen Streite ankömmt, an den Tag gebracht werden kann. Nur darin liegt der Grund dieses besondern Gerichtsstandes, und ein sehr wichtiges Gesetz gibt ihn in den Worten bestimmt an: „in quo et „instructio sufficiens et nota testimonia et „rectissima possunt documenta praestari“ [a]). Sehr irrig geht daher Pütter von dem Ge-

d) Decision. Haff. Cassel. Tom. V. Dec. 146.

a) L. 2. C. ubi de ratiociniis. Vergleiche noch Glück im Commentar über die Pandekten §. 521.

sichtspunkt des Gerichtsstands eines Kontraktes aus, denn wenn auch die Uebernahme einer Verwaltung ein Vertrag ist, so haben doch unsere Gesetze den Gerichtsstand der geführten Verwaltung nicht aus diesem Grunde abgeleitet, sondern in allen Verordnungen auf den Grund der bequemern und leichteren Untersuchung hingewiesen.

Eben dieser Grund faßt alle Verwaltungen ohne Ausnahme in sich, daher kann jeder Administrator 1) sowohl der Verwalter öffentlicher Geschäfte, als der Verwalter von Privatgeschäften 2) er sey öffentlich bestellt oder nicht, 3) er mag die Verwaltung aufgegeben haben oder noch führen, 4) er habe sonst einen auch befreiten Gerichtsstand, bey dem Richter des Ortes, wo die Verwaltung geführt wurde, belangt werden.

III.

Nur dem falschen Grunde muß man es beymessen, daß Pütter die Einschränkung beyfügte, der Verwalter müsse sich unter diesem Gerichtsstande entweder selbst betreten lassen, oder wenigstens dort einen Gegenstand der Execution besitzen; aber eben diese Einschränkung

zerfällt mit dem Grunde, auf welchen er sie baute. Wenn man alle Gesetze im römischen Rechte durchsieht, welche über den Gerichtsstand einer geführten Verwaltung Dispositionen enthalten, so findet man keine auch noch so entfernte Hinweisung auf das forum contractus, sondern man sieht überall diesen Gerichtsstand als ein besonderes, aus einem speciellen Grunde abgeleitetes Forum behandelt, welches mit dem Gerichtsstande des geschlossenen Kontraktes keine gemeinschaftliche Erfoderniſſe und Wirkungen hat.

IV.

Aber schon der Grund einer leichtern Beendigung des Rechtsstreits, auf welchen die Gesetze diesen Gerichtsstand bauten, scheint mir den Beweis zu liefern, daß die Gesetze nur Vortheile geben, keineswegs aber diesen Gerichtsstand zu dem ausschliessenden erheben wollten; bey genauer Untersuchung findet man aber auch, daß alle Gesetze, welche von dem Gerichtsstande der geführten Verwaltung handeln, immer nur dem Beklagten die Verbindlichkeit auflegen, sich dort einzulassen, ohne daß sie den Kläger verbänden, dort zu klagen, oder dem Beklagten das Recht ertheilten, die Einrede des unrecht

gewählten Richters entgegen zu setzen, wenn er bey seinem ordentlichen Richter aus Ansprüchen über eine geführte Verwaltung belangt wird. Das ordentliche Gericht des Beklagten bleibt immer der Gerichtsstand, vor welchem alle besonders persönliche Klagen angebracht werden können, und es müßte ein besonderes Gesetz angeführt werden, wenn diese Regel bey einer geführten Verwaltung eine Ausnahme leiden sollte.

V.

Schlägt man jene Gesetze nach, auf welche sich Hellfeld beruft, so verordnet das Eine: „Senator, si negotiis alienis se obtulerit in „provincia, non debet judicium recusare „negotiorum gestorum“ *a*); das andere sagt, der Vormund müße da, wo er die Vormundschaft führte, auf die Klage antworten, wenn er auch dort seinen Wohnort nicht hätte *b*), und von gleichem Inhalt ist das Dritte *c*). In allen diesen Gesetzen wird nur dem Beklagten eine Verbindlichkeit aufgelegt, ohne daß man eine Spur fände, daß auch der Kläger verbunden sey, dort

a) L. 36. §. 1. D. de judiciis.

b) L. 19. §. 1. Eod.

c) L. 54. §. 1. de Procurator.

seine Klage anzustellen. Diese Gesetze können demnach für Hellfelds Meynung nicht angeführt werden.

VI.

Auch das Gesetz des Codex, worauf sich Grolman beruft, berechtiget zu keiner Ausnahme. Es behandelt den Fall, daß einer vom Soldatenstande abgetreten war, und über eine dort geführte Verwaltung vor das Militairgericht gezogen werden sollte; das Gesetz verbindet ihn, sich dort einzulassen, ohne daß er sich mit einer Gerichtsstand ablehnenden Einrede schützen könne *). Sichtbar ist auch in diesem Gesetze nur von Verbindlichkeiten des Beklagten, keineswegs aber von Verbindlichkeiten des Klägers die Rede, es sagt nicht mehr und nicht weniger, als schon nach den Pandecten gilt, daß der Beklagte dort belangt werden könne, nicht aber daß er dort belangt werden müsse.

VII.

Zwar scheint der schon oben (§. II.) aus diesem Gesetze wörtlich angeführte Grund dieses Gerichts-

a) L. 2. C. ubi de ratiociniis.

stands allgemein zu seyn, und eine Ausdehnung auch dahin zu fodern, daß die Klagen aus geführten Verwaltungen nur in diesem besondern Gerichtsstand verhandelt werden sollten. Allein eines Theils kann der Grund des Gesetzes niemals zu einer solchen ausdehnenden Erklärung berechtigen, daß man auf ein ganz anderes Subject Verbindlichkeiten überträgt, welchem in allen übrigen Gesetzen, die von diesem Gerichtsstand sprechen, keine Verbindlichkeit aufgelegt ist; anderntheils lassen sich manche Fälle denken, wo der Nutzen des Klägers weit mehr befördert, und wenn auch nicht die Verhandlung des Streits, doch die Vollstreckung des Erkenntnisses weit mehr erleichtert wird, wenn der Kläger diesen Anspruch bey dem ordentlichen Richter des Beklagten geltend macht; wo also sein Vortheil, und nicht selten der Vortheil beyder Theile befördert wird, wenn man, anstatt vom foro gestae administrationis Gebrauch zu machen, die Klage bey dem ordentlichen Richter anbringt, ein Fall, der besonders bey Partheyen eintreten wird, welche vom Gerichte der geführten Verwaltung entfernt wohnen.

VIII.

Es ist demnach der Natur der Sache und den Gesetzen mehr angemessen, wenn man die Mittelstrasse hält, daß 1) Klagen aus einer geführten Verwaltung zwar bey dem Richter des Orts, wo sie geführt wurde, auch in dem Fall angestellt werden können, wenn der Beklagte weder selbst unter diesem Richter angetroffen wird, noch dessen Güter dort sich befinden; aber 2) daß der Kläger dort sein Recht nicht verfolgen müsse, sondern daß er die Wahl habe, ob er aus einer geführten Verwaltung bey dem ordentlichen Richter des Beklagten oder in dem befreiten Gericht der geführten Administration klagen will.

XVI.

Geht durch ein Fristgesuch etwas von demjenigen verlohren, was man im vorigen Termine hätte vorbringen können?

I.

So häufig auch im gemeinen Prozesse die Wirkungen eines durch die That geleisteten Verzichts auf Rechtsvertheidigung sind, so wird doch immer eine Handlung vorausgesezt, aus welcher auf eine ganz concludente Art der Verzicht als eine nothwendige Folge hervorgeht; denn jeder Verzicht, als eine Veräusserung seiner Rechte, verträgt nur strenge Auslegung, es muß also aus einer Handlung, welche eine zweideutige Auslegung annimmt, nur der geringste Grad von Veräusserung der Rechte abgeleitet werden. Die Lehre von den Fristgesuchen, erläutert durch einen Rechtsfall, soll das Interesse dieser Grundsätze näher ins Licht setzen.

II.

Der Kläger hatte über eine Dienstbarkeit den Weg des possessorischen Prozesses eingeschlagen, und der Impetrat petitorische Einreden entgegengesezt; diese Einreden wurden vom Richter zur Replikhandlung mitgetheilt; der Kläger konnte aber wegen eingetretenen Hindernissen den Termin nicht einhalten, und bath deßhalb um eine Verlängerung der ihm angesezten Frist. Sie wurde ihm verstattet, in der Replikhandlung selbst erklärte der Impetrant, er könne sich auf diese Einreden, da sie das Petitorium angiengen, im possessorischen Streite nicht einlassen, der Impetrat behauptete dagegen, der Kläger habe die Zulässigkeit dieser Einreden anerkannt, da er eine Frist nachgesucht habe, um sich auf den Exceptionssatz vernehmen zu lassen; der Richter erkannte auch, daß der Impetrant schuldig sey, sich auf diese Einreden einzulassen, und da dieser dagegen die Appellation ergriffen hat, so sezte der Richter in dem von ihm abgefoderten Berichte die Gründe seiner Entscheidung darin, daß der Impetrant durch die von ihm nachgesuchte Fristverlängerung schon die Zulässigkeit dieser Einreden anerkannt habe. Nebenbey berührte der Richter erster Instanz, daß er die

Appellation schon darum nicht für zuläßig halte, weil sein Bescheid nur ein Inhäsivbescheid, und der Appellant, wenn er beschwert zu seyn geglaubt hätte, verbunden gewesen sey, wider den ersten Mittheilungsbescheid, wo ihm die Einreden ad replicandum zugestellt wurden, ein Rechtsmittel zu ergreifen.

III.

Wie ungegründet der Einwurf sey, welchen der Unterrichter aus der Natur eines Inhäsiv, bescheids wider die Zuläßigkeit der Appellation vorbrachte, werden meine Leser durch jenes über, zeugt werden, was ich in einer besondern Ab, handlung zur Berichtigung des Begriffs anfüh, re. — Aber auch der Grund, worauf der Richter seine Entscheidung baute, und wegen welchem er diese an sich nach dem vorhandenen Prozesse unzuläßigen Einreden doch für zuläßig hielt, ist eben so falsch; denn ein Fristverlän, gerungsgesuch enthält in der Regel kein Aner, kenntniß des vom Richter erlassenen Befehls, und bringt an dem, was der Fristsuchende schon im ersten Termine vorzubringen berechtiget war, keine Veränderung hervor. Der Beweis dieses Satzes läßt sich aus der Natur der Sache füh, ren, und wird durch positive Gesetze bestättiget.

IV.

In der Absicht desjenigen, welcher um eine Verlängerung der ihm angesezten Frist bittet, liegt gar nichts, als die Bestimmung einer andern Zeit, um seine Rechtsvertheidigung zu führen; hier wird von ihrem Inhalt, von den Rechten, welche er vertheidigen will, von den Gründen und Mitteln, womit er sie vertheidigen will, ganz abgesehen; nur die Zeit will er verlängert haben, alles andere liegt auffer seiner Absicht, folglich auch auffer seinem Verzichte; er sucht den Termin zur Rechtsvertheidigung, ad agendum agenda, er will nichts von seinen Rechten aufgeben, und ein Verzicht kann aus dieser Handlung gegen den Willen des Handelnden nicht geschlossen werden.

V.

Eben so wenig handelt der Richter, wenn er das Fristgesuch bewilliget, in der Voraussetzung eines durch das Fristgesuch geleisteten Verzichts; denn er wiederholt nur die vorhergehende Ladung, er legt dem fristsuchenden Theile keine andere Verbindlichkeit auf, sondern er verändert ganz übereinstimmend mit der Absicht der Parthey, nur die Zeit zur Vornahme

dessen, was auf die vorhergehende Ladung in der ersten Frist geschehen konnte. Nur die Zeit liegt demnach in dem Zwecke der Parthey, welche eine Fristverlängerung begehrt, und des Richters, der sie ertheilt: eine verlängerte Frist sezt also alles in den Stand, in welchem sich die Sache befunden hätte, wenn der erste Termin schon die izt verlängerte Frist in sich gehalten hätte.

VI.

Selbst die Reichsgesetze stimmen mit diesen aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätzen vollkommen überein. Der jüngste Reichsabschied sagt sehr deutlich: „Im Fall aber dem „Beklagten nach Wichtig- und Weitläufigkeit „der Sachen, auf eingewendete Erheblichkeit „prorogatio termini zu Einbringung seiner Ant„wort und Gegenhandlung zugelassen wäre, als„dann fället solche Gegenantwort auf diesen „Termin“ a). — Die Verordnung: daß die ganze Handlung des Beklagten auf diesen verlängerten oder verlegten Termin fällt, zeigt klar, daß derselbe berechtiget sey, alles anzuführen, wozu er im vorigen Termine berechtiget war, daß demnach ein Fristgesuch keine Anerkenntniß

a) J. R. A. §. 46.

der Ladung enthalte, und aus ihr kein Verzicht auf seine Rechtsvertheidigung abgeleitet werden könne.

VII.

Daher kann sogar die Einrede des nicht zuständigen, unfähigen oder verdächtigen Richters, ungeachtet einer gesuchten Fristverlängerung, noch vorgebracht werden, denn auch dieses macht einen Theil der Handlung aus, welche man im ersten Termine vornehmen konnte, und welche in diesen verlängerten Termin fällt — man kann die richterliche Ladung noch anfechten, man kann noch alle verzögerliche Einreden entgegensetzen, die Zulässigkeit der vom Gegner gemachten Vorträge anfechten, man verliert mit einem Worte durch ein Fristgesuch gar nichts von seinen Rechten. Ich kann diesen Satz noch durch ein Beyspiel anschaulich machen. Wenn einer Executivklage Einreden entgegengesezt wurden, denen es an liquiden Beweisen mangelt, und welche der Kläger erst in dem auf sein Ansuchen verlängerten Termine beantwortet: wer zweifelt, daß er ihnen den Mangel liquider Beweise entgegensetzen und auf ihre Verweisung zur besondern Ausführung antragen könne?

VIII.

Nur eine Ausnahme mache ich von dieser Regel. Wenn ein Erkenntniß vorhergeht, welches die Rechtskraft beschreiten kann, und ein Theil eine Fristverlängerung sucht, um dasjenige zu thun, wozu ihn das Urtheil verbindet, so enthält dieses Fristgesuch einen Verzicht auf die Appellation. — Ich setze, um es durch Beyspiele zu erläutern, der Richter verurtheilt den Beklagten, in vier Wochen zu bezahlen, oder er legt dem Kläger den Beweis unter einem Termin von vierzehn Tagen auf: dieser oder jener bittet um eine Verlängerung der Frist; hier liegt meiner Ueberzeugung nach ein Verzicht auf Rechtsmittel in diesem Fristgesuche, sollte es auch zu einer Zeit übergeben worden seyn, wo das Urtheil durch den Verlauf von zehen Tagen noch nicht in Rechtskraft übergegangen war.

Allein hier tritt auch ein grosser Grund der Verschiedenheit ein. Die Gesetze bestimmen, daß durch Anerkenntniß der Parthey auch noch vor Verlauf der zehen Tage ein Urtheil rechtskräftig werde, und sie legen einem stillschweigenden Anerkenntniß gleiche Wirkungen mit dem

ausdrüklichen bey *); diese stillschweigende Anerkennung ist aber offenbar in dem hier gegebenen Falle vorhanden. — Ja man könnte sogar, abgesehen von diesem Grunde, aus der Natur der Sache selbst einen Grund der Verschiedenheit auffinden. Wer eine Fristverlängerung zur Beybrigung der Beweise oder zur Zahlung sucht, wozu ihm ein Urtheil die Auflage machte, der verlangt keine Frist, um im Allgemeinen seine Rechte zu vertheidigen, sondern er begehrt sie, um das zu thun, wozu ihn der Richter verbunden hat; er hat also eine Handlung unternommen, von welcher die Anerkennung seiner Verbindlichkeit Voraussetzung ist, da er nur eine Zeit sich ausbittet, um dieser Verbindlichkeit genug zu thun. Bey jedem andern Fristgesuche begehrt er aber eine Verlängerung des Termins, um im Allgemeinen seine Vertheidigung zu führen, er begeht also keine Handlung, aus welcher eine Anerkennung des Befehls als nothwendige Folge hervorgeht, wie die Fristgesuche im Mandatsprozesse augenscheinlich beweisen.

*) L. 5. C. de Re jud. Danz ordentl. Pr. §. 404. Nro. I.

XVII.

Allgemeine Grundsätze von der Thätigkeit des Richters bey Verhandlung eines Rechtsstreits.

I.

Unverkennbaren Nutzen bringt es hervor, daß Grolman a) noch im allgemeinen Theile des Prozesses von der Thätigkeit des Richters überhaupt, abgesehen von allem Detail einer bestimmten Verfahrungsart handelte. Er führt seinen Gegenstand nach drey Rükſichten aus, wie sich die Thätigkeit 1) vor dem Anfange der Verhandlungen, 2) während des Laufs derselben, 3) nach geendigten Verhandlungen äussert. Nur scheint mir vortheilhaft, auch von diesen drey Punkten abgesehen, über die allgemeine Thätigkeit des Richters nach Martins b) Beyspiel Regeln anzugeben, wie

a) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 122. u. ff.

b) Martin Lehrbuch des teutsch. gem. Prozesses §. 75. u. 76.

er sich in jeder Sache, in allen Lagen des Rechts, streits zu benehmen habe, von denen selbst Grol, man c) einige später berührt. Neues kann hier nichts gesagt werden, aber ich habe vielleicht doch keine vergebliche Arbeit unternommen, wenn ich die schon bekannten Wahrheiten samm, le, und nach besondern Rücksichten zusammen, stelle.

II.

I. Alle Handlungen, welche im Laufe der gerichtlichen Handlung vorkommen, sind Mittel zum Zwecke, zur künftigen Entscheidung, wer Recht hat; alles was in einer Streitsache vor, geht, muß daher auf eine solche Weise geschehen, daß es bey der künftigen Entscheidung gebraucht werden kann, alles muß in die Verhandlungen eines Rechtsstreits (Acta) kommen, denn nur aus seinen Akten darf der Richter die Merkmale des Factums nehmen, welche er, um einen Rechtsstreit zu entscheiden, unter das Gesetz subsumiren will. Sehr gut drükt diesen Satz die Praxis durch das bekannte: quod non est in actis, non est in mundo, aus; es enthält nicht nur den Grundsatz, daß der Richter in der

c) a. a. O. §. 125.

Entscheidung seiner Privatwissenschaft vom Steitgegenstand nicht folgen darf, sondern es drükt auch die Verbindlichkeit aus, alles aktenmäßig zu machen, was in einem Rechtsstreite geschieht a). Unter diesem Gesetze steht also 1) daß der Richter alles, was in einer Prozeßsache schriftlich an ihn gelangt, annimmt, und, wie ich nachher bemerken werde, mit dem Präsentatum versieht; 2) daß alles, was ohne schriftliche Verhandlungen vorgeht zu Papier gebracht werde, um davon das Andenken zu erhalten, und seinen Gebrauch bey der künftigen Entscheidung möglich zu machen. Hiezu ist das bey allen Gerichten übliche Mittel ein Protokoll. Was immer in einer Rechtssache vorgeht, seyen es Handlungen des Richters, der Partheyen oder dritter Personen, z. B. der Zeugen und Kunstverständigen muß aus dieser zweifachen Ursache in ein Protokoll gebracht werden; es genügt daher nicht, wenn der Richter nur das Andenken zu erhalten sucht, indem er, daß etwas geschehen sey, im Protokolle bemerkt, sondern er muß auch detaillirt anführen, wie es geschehen ist; nichts darf er seinem, oft untreuen, Gedächtnisse überlassen, er muß immer

a) Martin a. a. O. §. 75.

seine Schritte so abmessen, daß jeder, der die Akten hat, über die Sache zu urtheilen im Stande ist; Genau muß aus diesem Grunde bey eingenommenem Augenschein die Lage der Sache mit den daran wahrgenommenen Merkmalen beschrieben werden, denn sonst müßte man den sonderbaren Satz aufstellen, daß bey einer etwa gefoderten Aktenversendung ein Augenschein von der auswärtigen Juristenfacultät, oder bey eingewandten Rechtsmitteln ein neuer Augenschein des höhern Gerichts nothwendig sey. Alles muß der Richter so behandeln, daß nur seine Akten — diese aber vollständig — die Merkmale enthalten, nach welchen der Streit künftig entschieden werden soll, und daß jeder, der diese Akten hat, über die Sache urtheilen kann.

III.

II. Da es unbedingte Pflicht des Richters ist, die Mittel der Vertheidigung nicht abzuschneiden, so muß er ein jedes Vorbringen der Partheyen anhören, jede schriftliche Handlung annehmen, wenn sie ihm auch unzulässig oder das Vorbringen irrelevant scheint. Sehr schön verordnet die preußische Prozeßordnung: „Jede Parthey hat das Recht, zu verlangen,

„daß der Richter ihre Angaben und Anführun„gen, auch wenn sie ihm entbehrlich zu seyn, „oder zur Sache nicht zu gehören scheinen, den„noch in das Protokoll aufnehme.“ a) Es bleibt dem Richter unbenommen, ein unstatthaftes Gesuch abzuschlagen, einen unzuläßigen Antrag oder irrelevante Artikel zu verwerfen, eine unerlaubte Handlung, sogenannte scripta supernumeraria, oder unförmliche Schriften von den Akten zu entfernen, und ganz oder zur Verbesserung der Parthey zurückgeben; aber erst muß er die Parthey anhören und die schriftliche Handlung einsehen. Selbst bey diesem Verwerfen muß er die allgemeine Form der Handlungen des Richters beybehalten, das Entfernen von den Akten muß durch einen förmlichen Beschluß des Richters geschehen, und zu den Akten mit Anführung der Ursache bemerkt werden, da er auch hierdurch die Rechte einer Parthey kränken, und zu Beschwerden den Anlaß geben kann, wider welche er nur durch seine Akten sich zu vertheidigen im Stande ist.

IV.

III. Das bisher Gesagte beweißt, daß die erste Pflicht des Richters bey schriftlichen Hand-

a) Einleit. §. 41.

lungen in einer aufgeschriebenen Anzeige ihrer Uebergabe (Praesentatum) besteht, welche die Bemerkung des Jahrs, Monats und Tags der Uebergabe enthält, und nur bey Nothfristen, welche von Moment zu Moment berechnet werden, auch die Stunde der Uebergabe in sich faßt. Einige wollen zwar, daß erst nach der Prüfung die Schrift mit dem Praesentatum versehen werde, weil sie es für unschiklich halten, eine Schrift mit dem Praesentatum zurükzugeben, und dieser Fall von der Prüfung noch als möglich gedacht werden muß. Allein nicht allein könnten durch eine verspätete Prüfung über die zur rechten Zeit erfolgte Uebergabe sehr viele unnöthige Streitigkeiten entstehen, sondern auch der Grund ist falch, worauf sie sich berufen. Denn das Praesentatum ist nur eine gerichtliche Beglaubigung der Zeit, in welcher die Uebergabe erfolgte, durch das Praesentatum wird eine Schrift noch kein Bestandtheil der Akten, wo soll also das Unschikliche oder für den Richter Nachtheilige liegen? Er verwirft nicht das Praesentatum, sondern die Schrift, welche die Parthey unter dem Praesentatum übergab, und man kann um da weniger etwas Unschikliches darin finden, da selbst das Verwerfen aktenmäßig werden muß.

Der Richter schreibe also auf jede schriftliche Handlung, so bald sie ihm überreicht wird, das Praesentatum.

V.

IV. Jedes Mittel ist bedingt durch seinen Zweck, und nur durch erlaubte Mittel darf man seinen Zweck zu erreichen suchen; nur zu sehr begründet tägliche Erfahrung die Besorgnisse der Gesetze, daß die Partheyen das Recht ihrer Convenienz unterordnen, und es ist wohl niemand denkbar, welcher die Partheyen auf dem geraden Wege halten, und jeder Abweichung vorbeugen könnte, als der Richter. Deßhalb übertragen ihm die Gesetze die Prozeßdirektion *), und eine Gesetzgebung, welche dem Richter diese entzieht, und ihn zur leblosen Maschine macht, ist mit sich selbst im Wiederspruch. Jeder Antrag einer Parthey, ehe der Richter ihn als einen Schritt zum Ziele, der künftigen Entscheidung, behandelt, ehe er den Antrag zu weitern Verhandlungen mittheilt, muß erst vom Richter geprüft werden; durch eine invisis — ohne Prüfung — geschehene Mittheilung macht sich der Richter für die daraus entstandene

*) Grolman §. 125.

Kosten, wenn der Antrag zwekwidrig war, verantwortlich. Bey dieser Prüfung sieht der Richter zuerst auf die äussern Förmlichkeiten, und läßt die daran entdekten Mängel verbessern; hiernach geht er auf den Inhalt selbst über, und untersucht, ob 1) das Vorbringen eines Theils etwas zur Entscheidung der Sache beytrage (relevans)? 2) ob die Handlung an sich zuläßig sey, und 3) ob aus dem Vorbringen eines Theils dasjenige folge, was er daraus ableitet und begehrt. Aeussern sich unheilbare Mängel, so verwirft er den Antrag ganz, und retradirt die unförmliche oder unzuläßige Schrift in den mehrsten Fällen; können aber die Mängel gehoben werden, so erläßt er ein Prälocut, von welchem das bekannte Loquatur eine sehr unförmliche Gattung ausmacht, welches so viele Nachtheile nach sich ziehen kann, daß ich jeden Richter dagegen warne.

VI.

V. Ein Streit besteht aus einer Reihe verschiedener Handlungen, welche in verschiedenen Formen, von verschiedenen Personen, bald von den Partheyen, bald vom Richter, bald von dritten Personen, Zeugen oder Kunstverstän-

digen vorgenommen werden. Sie können nur dann ihrem Zwecke ganz entsprechen, wenn alle, die einen Rechtsstreit betreffen, in eine Sammlung gebracht werden. Die Sammlung aller zu einem Rechtsstreite gehörenden Verhandlungen nennt man Akten, Aktenbund *), ihre Seele ist Vollständigkeit und Ordnung.

VII.

A) Vollständigkeit fodert, daß 1) alle Handlungen, welche bey Gericht vorgekommen sind, Schriften, welche die Partheyen übergeben haben, Beschlüsse, welche der Richter gefaßt, Correspondenz, welche er mit andern Gerichten gepflogen hat, Gutachten der Kunstverständigen u. s. w. in die Sammlung aufgenommen werden; daher müssen auch 2) von allen Verfügungen und Aufsätzen des Richters die Concepte bey den Akten bleiben, und 3) was einmal zu den Akten gekommen ist, wird nur in Abschrift hinausgegeben, nur Originaldocumente sind hievon ausgenommen, welche ge-

*) Es gehört unter die Provincialismen, wenn man einen Aktenbund in manchen Ländern Akt nennt.

wöhnlich nach vorher gerichtlich gefertigter oder beglaubter Abschrift dem Besitzer zurückgegeben werden a).

VIII.

B) Die Ordnung fodert, daß 1) alles in chronologischer Ordnung, so, wie eine Handlung auf die andere folgte, gesammelt werde, ohne zu unterscheiden, ob eine Handlung von den Partheyen oder vom Richter herkömmt; allein man muß auch dafür sorgen, daß die Ordnung erhalten, oder wenn sie bey dem Gebrauche der Akten gestöhrt wurde, ohne grosse Mühe wieder hergestellt werde; daher werden 2) die Akten entweder geheftet a) oder wenigstens alle Aktenstücke mit fortlaufenden Zahlen (Quadran-

a) Martin a. a. O. §. 76. Auch diese Regel hat eine Ausnahme, wenn nämlich über die Aechtheit eines Documents gestritten wird, von welcher bey der Ausführung des Urkundenbeweises gehandelt werden muß.

a) Ueberwiegend sind die Vortheile, welche aus dem Heften der Akten vor jeder andern Methode, die Ordnung zu erhalten, entstehen; die Unbequemlichkeit auf dem Arbeitstische wiegt diese Vortheile nicht auf, denn der Schreibtisch des wahren Geschäftsmanns darf nicht nach dem Maasstabe der Toiletten beurtheilt werden.

geln) bezeichnet, manchmal gar follirt. 3) Die Ordnung selbst wird durch ein Aktenverzeichniß oder ein Aktenprotokoll sehr befördert; das lezte dient noch überdieß zur Bekräftigung der Voll. ständigkeit, und hat vor einer blossen Aktende. signation den Vorzug auch wegen der Glaubwür. digkeit, da eine Designation ein Privatwerk seyn kann, auf dem Aktenprotokoll hingegen der ge. richtliche Glauben der Protokolle ruht.

Das Aktenprotokoll (in Niedersachsen nennt man es termini protocollares am Reichskam. mergerichte protocollum Iudiciale) hat 1) die Protokollform 2) über jede vorgenommene Hand. lung, über jede eingekommene Schrift wird ein Eintrag gemacht, dessen Datum mit jenem des Praesentatums übereinstimmt, 3) auch die dar. auf gefaßten Beschlüsse werden in demselben angezeigt, und 4) die Aktenstücke selbst nach den Zeichen oder Numern, welche sie auf sich tra. gen, in demselben angeführt.

Man versieht die Aktensammlung mit einem Umschlage, auf welchen das Rubrum der Sache geschrieben wird.

IX.

VI. Bürgerliche Gerichte sind keine Vehmgerichte, alle gerichtliche Handlungen müssen das Gepräge der Offenheit und Geradheit an sich tragen, nur Laster oder Bosheit schleichen — wenn auch unter einer heiligen Maske — im Finstern herum; in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kann die Aktensammlung kein Geheimniß für die Partheyen seyn *a*) und geheime Commissionen sind mit dem Zwecke des bürgerlichen Richters im Widerspruch. Es gibt aber noch einen nähern Grund, woraus sich das Recht der Partheyen, die Akteneinsicht zu begehren, beweisen läßt. Akten haben eine Auseinandersetzung der Rechtsverhältnisse unter den streitenden Theilen zur Absicht, sie werden also für ihre gemeinsamen Rechte verfaßt, und sind gemeinschaftliche Urkunden, auf deren Vorlage jeder streitender Theil gegründeten Anspruch hat. — Die Einsicht der Zeugenauffagen vor eröffnetem Rotulus ausgenommen, kann daher einer Parthey die Akteneinsicht nicht versagt werden, wozu jedoch der Richter, um die Akten gegen jeden Mißbrauch zu sichern, eine Gerichtsperson beyordnet. Die Einsicht wird als eine gerichtliche Handlung

a) Martin a. a. O. §. 76.

nur im Gerichtsorte verstattet, und bey erlaub-ter Akteneinsicht die Akten der Parthey oder ih-rem Anwalt in das Haus zu schicken, dazu kann sich wohl nur ein grosser Ignorant entschliessen, die Entschuldigung, daß eine Gerichtsperson da-bey war, kann den dadurch begangenen groben Fehler nicht heben.

XVIII.

Entwickelung des Begriffs vom Ungehorsam der Partheyen, zur Berichtigung des bisher aufgestellten Begriffs und Systems von den Folgen des Ungehorsams, mit den daraus fliessenden allgemeinen Grundsätzen.

I.

Ungehorsam im Prozesse (Contumacia) ist einer der wichtigsten Gegenstände im Prozesse, er greift alle Arten und alle Theile des gerichtlichen Verfahrens durch, und schon der frequente Gebrauch des Wortes Contumacia ist Bürge für die Wichtigkeit dieser Materie. Wir finden den Ungehorsam unter verschiedenen Gestalten, bald im offenen Gewande des Contumacialverfahrens, in Begleitung einer Ungehorsamsbeschuldigung und eines Contumacialerkenntnisses, welches die darauf folgenden Strafen verhängt, bald sehen wir ihn versteckt unter verschiedenen Formen der Defer-

tion bey Rechtsmitteln, der Präclusion bey Einreden, welche zur rechten Zeit nicht vorgebracht wurden, des Verzichts bey Handlungen, welche den Gebrauch anderer Vertheidigungsmittel ausschliessen oder des Eingeständnisses bey verweigerten Eidesleistungen oder der Anerkennung der Urkunden. Und dennoch herrscht über diesen Gegenstand selbst in den besten Werken noch so viele Unvollkommenheit, daß eine Revision der Grundsätze und eine Berichtigung des bisher angenommenen Systems keine vergebliche Arbeit ist. — Ich will zuerst das bisher herrschende System in seinem ganzen Umfang darstellen.

II.

Vernachläßigung dessen, was einer zur bestimmten Zeit bey Gericht zu thun verbunden ist, nannte man Ungehorsam. Eine Verbindlichkeit entspringt nur aus arctatorischen Ladungen, diese werden also bey jedem Ungehorsam vorausgesezt. Er kann aus einer bösen Absicht (dolus) oder nur aus Verschulden (culpa) entstehen, und die böse Absicht kann entweder wirklich vorhanden seyn (vera) oder nur vermuthet werden (praesumta). Die Strafe des Ungehorsams ist

entweder eine öffentliche, oder eine Privatstrafe, und diese entweder eine allgemeine, Ersatz der Contumacialkosten, oder besondere, Verlust der unterlassenen Handlung. Von der Strafe des Ungehorsams befreyen Hindernisse, entfernen sie nicht nur die böse Absicht, sondern auch das Verschulden, so fällt alle Strafe des Ungehorsams hinweg, entfernen sie aber nur die böse Absicht, aber nicht das Verschulden, so kann zwar keine besondere Strafe des Ungehorsams verhängt werden, aber die allgemeine Strafe kömmt in Anwendung.

So war das System, wie es der classische Böhmer *a*) aufstellte, und wie man es, wenige Abweichungen in Nebendingen abgerechnet, bey Claproth, Danz, Grolman, Martin *b*) und andern antrifft, und welches selbst durch bessere Darstellung in einem classischen Werke (§. VI.) noch nicht verdrängt werden konnte.

III.

Scheine das System auch beym ersten Blicke noch so consequent, ich kann ihm nicht bey-

a) Princip. Iur. Canon. §. 741 — 746.

b) In ihren benannten Werken über den gemeinen Prozeß.

pflichten, ich halte es für unvollständig, auf einen falschen Gesichtspunkt berechnet, und voll unrichtiger Sätze. Ich fühle ganz, wie schwer diese Beschuldigungen gegen ein beynahe allgemein angenommenes System sind; aber ich muß den Leser schon bitten, ohne Vorurtheil meine Beweise zu hören.

1) Falsch ist der Gesichtspunkt, aus welchem man den Ungehorsam und seine Folgen ableitet. Man geht von der Idee einer Verletzung seiner Verbindlichkeit aus, man fodert eine arctatorische Ladung, welche eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringt. — Allein es läßt sich kein absoluter Zwang zur Rechtsvertheidigung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten denken: wenn ich nun einmal den Eid nicht schwören, auf die Klage Einreden nicht vorbringen, kurz im Prozesse etwas nicht thun will, so kann ich den Prozeß verliehren, aber wer kann sagen, daß ich meine Verbindlichkeit verletze? Kann ich doch mein Recht ausdrüklich aufgeben, warum soll ich es nicht stillschweigend thun können, indem ich die Mittel vernachläßige, von denen die Anerkennung meines Rechts abhängt? — Verletzung der Ver-

bindlichkeit und Strafe sind also der Standpunkt nicht, von dem man bey dieser Lehre ausgehen muß.

IV.

2) Auch unvollständig ist dieses System, es umfaßt nicht alle Fälle, wo aus vernachläßigten Handlungen im Prozesse rechtliche Folgen entstehen, Fälle, welche beynahe wichtiger am innern Gehalt, an ihren Folgen und an ihrer Frequenz sind, als jene, welche man bisher unter dem Namen des Ungehorsams behandelte.

Wenn der Beklagte einige dilatorische oder peremtorische Einreden gegen das Verboth des jüngsten Reichsabschieds mit der litiscontestation nicht verbindet, wenn ein streitender Theil da, wo der Beweistermin ipso jure peremtorisch ist, denselben verstreichen läßt, ohne den Beweis anzutreten, wenn der Product auf die Beweisartikel keine Fragstücke übergibt, wenn eine der Partheyen in dem zur Ablegung des Eides anberaumten Termine nicht erscheint, wenn der unterliegende Theil die Nothfristen oder Feyerlichkeiten eines Rechtsmittels gegen das Urtheil vernachläßiget, wenn die Widerklage oder die litis denunciation nicht zur gehörigen Zeit angebracht

wird, und jede dieser Vernachläßigungen schädliche Folgen für jenen hervorbringt, der sie verabsäumte, so finden wir darin die Merkmale, daß es 1) Handlungen sind, welche zur Rechtsvertheidigung in einem Prozesse als Mittel gehören, 2) daß sie in der zur Vornahme bestimmten Zeit nicht vorgenommen wurden, und 3) daß deßwegen den Unterlassenden nachtheilige Folgen im Prozesse treffen. Wir finden also in allen diesen Fällen die wesentlichen Merkmale des Ungehorsams, und ein System ist nicht vollständig, welches nicht auch diese wichtigen Fälle in sich faßt.

V.

3) Schon der falsche Standpunkt, von welchem man ausgieng, konnte nur auf Irrwege führen, und man darf sich nicht wundern, wenn man viele Unrichtigkeiten in diesem Systeme erblickt. — Unrichtig ist die Eintheilung des Ungehorsams, in den dolosen und culposen, und die Unterabtheilung der ersten in den wahren und vermutheten. Wenn vom Schaden in bürgerlichen Rechtssachen und den Folgen einer Unterlassung die Rede ist, bringen böse Absicht und Schuld gleiche Wirkungen hervor — Falsch,

daß nur bey arctatorischen Ladungen von den Folgen des Ungehorsams die Rede seyn könne, falsch, daß jeder Strafe des Ungehorsams eine Ungehorsamsbeschuldigung vorhergehen müsse — falsch, daß es im Prozesse eine öffentliche Strafe des Ungehorsams gebe.

VI.

Neu ist es nicht, was ich an diesem Systeme rüge, schon hat ein bewährter Schriftsteller, Schmelzer a), einen andern Begriff des Ungehorsams bey seinem schätzbaren Werke zum Grund gelegt, und ich bin sehr froh, daß ich über die Sätze, welche ich aufstelle, einen so guten Gewährsmann anführen kann. Die Stelle, worin er sich über diesen Gegenstand erklärt, ist kurz, wichtig, und wie es scheint, noch so wenig gekannt, daß ich sie den Lesern vollständig mittheilen muß. „Das in der Gerichtssprache „bekannte Wort Contumacia, wird, sagt „er, bald in einer ausgedehnteren, bald in einer engeren Bedeutung genommen, indem zuweilen blos eine vorsätzliche Unterlassung desjeni-

a) Contumacialprozeß der höchsten Reichsgerichte in einer mit den Gesetzen verglichenen systematischen Darstellung der gegenwärtigen Praxis. Göttingen, 1792. 8. S. 1. u. 2.

„gen, was in einem Rechtsstreite, auf gesetzmä„sigen Befehl des competenten Richters, in be„stimmter Zeit geschehen sollte; zuweilen aber „auch die Versäumniß einer solchen Prozeßhand„lung, welche, nach Vorschrift des Gesetzes, „auf eine bestimmte Weise, oder in einem pe„remtorischen Zeitraume, verrichtet werden müßte, „darunter verstanden wird. Nur in jenem Falle „ist ein gerichtlicher Ungehorsam, im strengeren „Sinne, vorhanden, wobey allezeit ein eigent„licher Contumacialprozeß statt findet; da aber „auch die Vernachläßigung dessen, was durch „gesetzliche Vorschrift bey Ausbringung, oder „im Laufe eines Prozesses von den dabey interes„sirten Personen sowohl in Rükksicht auf Form „einer Prozeßhandlung, als auf Zeit beobachtet „werden sollte, theils den Verlust der Hand„lung, theils auch noch besondere Strafen nach „sich zieht, und in vielen Fällen, weil die „Grenzlinien oft in einander laufen, ebenfalls „ein eigenes Contumacialverfahren veranlaßt, „oder doch wenigstens dabey in Betrachtung ge„zogen werden muß: so darf, in einer vollstän„digen Erörterung des Contumacialverfahrens, „keine dieser beyden Gattungen des gerichtlichen „Ungehorsams übergangen werden.“

„In dieser Rükſicht lege ich hier folgenden „allgemeineren Begriff des gerichtlichen Ungehor„ſams zum Grunde, nach welchem jede Nicht„beobachtung deſſen, was in Rükſicht „eines Prozeſſes auf richterlichen „oder geſetzlichen Befehl, in beſtimm„ter Zeit und Form geſchehen oder „unterbleiben ſollte, darunter zu ver„ſtehen iſt.“

VII.

Auffallend iſt es, daß dieſe beſſere Darſtellung bisher ſo wenig Eingang fand, und daß auch vorzügliche Werke noch bey dem alten Begriffe vom Ungehorſam ſtehen bleiben. Und doch iſt es kein Wortſtreit; denn man findet in den Schriften über den gemeinen Prozeß keine Aufſchlüſſe über die Wirkungen vernachläßigter Handlungen im Allgemeinen, und dieſe ſchädliche Lücke entſteht offenbar aus dem falſchen Begriffe des Ungehorſams; eine Ableitung aus einem unrichtigen Geſichtspunkt, Aufſtellung mancher Sätze als allgemeiner Wahrheiten, welche nur einer beſondern Gattung eigen, oder oft gar nichts als eine Anwendung höherer allgemeiner Wahrheiten ſind, willkührliche Verkettung preca-

rer Sätze und Mangel an Zusammenhang mit den allgemeinen Rechtssätzen hat immer wissenschaftliche und — was nach meiner Ueberzeugung davon unzertrennlich ist — auch praktische Nachtheile im Gefolge. Ich will den Versuch machen, Schmelzers Idee zu verfolgen, aus den Grundbegriffen des Prozesses abzuleiten, und hiernach die allgemeinen Sätze vom Ungehorsam der Partheyen in Verbindung vorzutragen.

VIII.

Ewigkeit der Prozesse, so wenig sie auch mit dem Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate vereinbar ist, müßte entstehen, wenn nicht das Recht der Partheyen, eine Handlung zu ihrer Rechtsvertheidigung vorzunehmen, von den Gesetzen auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt würde. Da aber in bürgerlichen Rechtssachen ein absoluter Zwang zur Vertheidigung der Rechte nach den Befugnissen eines Bürgers, über sein Eigenthum nach Willkühr zu schalten nicht denkbar ist, und doch die Beschränkung auf eine bestimmte Zeit vergeblich seyn würde, wenn nicht die Unterlassung der Handlung mit nachtheiligen Folgen verbunden wäre, so mußten die Gesetze die Folgen bestimmen, welche aus der Unter-

lassung einer Handlung im Prozesse innerhalb der bestimmten Zeit entstehen.

In Bestimmung dieser Folgen mußten die Gesetze auf zwey Gründe zurückgehen. Der Zweck der richterlichen Gewalt, um Ewigkeiten der Prozesse zu vermeiden, kann mit dem Rechte der Partheyen, über ihr Eigenthum zu disponiren und ihr Recht aufzugeben, nur dadurch in das Gleichgewicht gesezt werden, daß der Gesetzgeber die Unterlassung einer Handlung als einen Verzicht auf sie erklärt, und jenen, der auf eine Rechtsvertheidigung Verzicht leistete, zu dieser Handlung nicht mehr zuläßt. Präclusion, Desertion ruhen also auf dem natürlichen zum vollen Rechte erhobenen Grunde des Verzichts. Ausser ihm tritt aber noch die Rücksicht hinzu, daß jeder streitende Theil in Führung eines Rechtsstreits zur Beobachtung des gehörigen Fleises, und zum Ersatze alles durch seine Nachläßigkeit verursachten Schadens verbunden ist *), oder was auf das nämliche hinausgeht, daß ein streitender Theil zwar Verzicht leisten kann, aber so, daß seinem Gegner keine unnöthige Kosten verursacht werden; es kömmt also in Bestimmung der Rechtsfolgen

*) Oben Abh. XII. §. VI.

auch die Lehre von Nachläßigkeit (Culpa) und Zurechnung in Betrachtung.

IX.

Geht man von diesem Standpunkte aus, welcher durch die Entwickelung aus dem Zwecke der richterlichen Gewalt sich als den einzig richtigen darstellt, so zeigt sich sehr deutlich, daß nicht nur da, wo eine arctatorische Ladung vorhergieng, vom Ungehorsam die Rede seyn kann, sondern daß die Vernachläßigung arctatorischer Ladungen nur eine Art (species) ist, und nicht richtig abgeleitet, nicht richtig beurtheilt werden kann, wenn man nicht auf den höhern Begriff (Genus) hinaufrükt, und die Gattung mit allen ihr untergeordneten Arten behandelt.

Wenn Verzicht und Imputation der Grund des bisher sogenannten Ungehorsams ist, so führt uns schon der Satz, daß gleiche Ursachen auch gleiche Wirkungen hervorbringen müssen, von selbst auf die Bemerkung, daß auch bey verabsäumten Nothfristen der Appellation das Recht zu appelliren darum verlohren gehe, weil der Appellant eine Handlung bey Gericht in der vor-

geschriebenen Zeit nicht vorgenommen hat; wir sehen hier in einem Beyspiele Identität der Ursache und der Wirkungen, und es bedarf wohl eines andern Beweises nicht, um die Unrichtigkeit des bisher angenommenen Begriffs vom Ungehorsam aufzudecken, da er einen Fall ausschließt, der alle wesentlichen Merkmale, Ursache und Wirkung mit ihm gemein hat.

Unterlassung einer gerichtlichen Handlung in der zu ihrer Vornahme bestimmten Zeit ist Ungehorsam, der Grund der hieraus fliesenden nachtheiligen Folgen ist Verzicht und Zurechnung, und diese nachtheiligen Folgen sind die sogenannten Strafen des Ungehorsams, so verschieden auch der Namen seyn mag, unter welchem wir sie im Prozesse antreffen (§. I.).

X.

Aus dieser Entwickelung des Begriffs vom Ungehorsam zeigt sich, daß

1) gar kein Unterschied in dem Bestimmungsgrunde der zur Vornahme einer gerichtlichen Handlung vorgeschriebenen Zeit liegen kann:

ob ein Gesetz oder ein Richter den Termin festsezte, ob die Ladung arctatorisch oder monitorisch war, dies ist in den daraus entspringenden Folgen ganz gleichgültig, oder man müßte behaupten, daß eine vom Richter vorgeschriebene Zeit eine höhere Verbindlichkeit auflege, als eine Zeitbestimmung durch das Gesetz; selbst zwischen monitorischen und arctatorischen Ladungen ist — was man vor der Hand nicht denken sollte — kein Unterschied in den Grundsätzen, sondern nur in ihrer Anwendung.

2) es folgt, daß bey Bestimmung der Folgen des Ungehorsams in Beziehung auf den Gang des Rechtsstreits zwischen einer Contumacia dolosa und culposa, vera vel praesumta kein Unterschied statt findet, denn beyde bringen im Verlust der Handlung und Verbindlichkeit zum Schadens, ersatze gleiche Wirkungen hervor.

3) Daß es keine eigentliche Strafen des Ungehorsams im Prozeß gebe; denn alles, was man Strafe nannte, ist nur eine natürliche Folge der Unterlassung.

4) Noch weniger läßt sich die Eintheilung dieser Strafen in öffentliche und privat Strafen

rechtfertigen; denn die ersten liegen auſſer dem Verhältniß der Rechte unter den streitenden Thei, len, also auſſer der Sphäre des gemeinen Pro, zesses.

5) Auch die Unterabtheilung der privat Stra, fen in die allgemeine und besondere ist falsch, denn es giebt nicht nur sehr viele Fälle des Unge, horsams, wo von einem Kostenersatze die Rede nicht ist, sondern selbst wo er statt findet, liegt bey ihm kein anderer Rechtssatz zum Grunde, er erhält vielmehr nur durch die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf einen concreten Fall sein Daseyn.

XI.

In dem Begriffe und Folgen des Ungehor, sams sind also alle Fälle enthalten, wo in einem Rechtsstreite eine Handlung binnen der vorge, schriebenen Zeit nicht vorgenommen wurde, er ist nicht eingeschränkt auf arcatorische Ladungen, er umfaßt alles, wo Unterlassung einer Hand, lung die Ursache nachtheiliger Folgen für den Un, terlassenden ist, worin auch immer die nachthei, ligen Folgen bestehen, und von welchem Um, fang sie auch seyn mögen; erscheine er unter der Form von Desertion, von Präclusion, von

Verzicht, von Eingeständniß, es ist immer Ungehorsam, die Namen und Folgen, wenn sie auch sehr verschieden aussehen, sind doch nur aus den nämlichen Rechtsgrundsätzen abgeleitet.

Ohne in die besondern Fälle des Ungehorsams einzugehen, will ich nach diesem Gesichtspunkt die Lehre vom Ungehorsam der Partheyen im Allgemeinen darstellen.

XII.

I. Nur in Voraussetzung einer auf Zeit beschränkten Handlung läßt sich ein Ungehorsam denken; haben daher weder Gesetze noch der Richter zur Vornahme einer Handlung eine Zeit gesezt, so fällt alle Idee von Verzicht oder Zurechnung der Unterlassung hinweg. Für den Augenschein ist nach der einstimmigen Meynung der Praktiker keine Zeit festgesezt, er ist unter dem Beweistermine nicht begriffen, sondern man kann sich darauf zu jeder Zeit berufen, auf ihn erstrekt sich also keine Folge des Ungehorsams.

Daß übrigens die vorgeschriebene Zeit verstrichen seyn muß, liegt im Begriffe, und bedarf keiner besondern Bemerkung.

XIII.

II. Wer nicht die Handlung unternimmt, welche er in einer bestimmten Zeit vorzunehmen bedingt verbunden war, wenn er nämlich durch sie sein Recht vertheidigen wollte, auf den paßt der Begriff des Ungehorsams. Bey Handlungen, welche nur unter einer gewissen Form als erlaubte Mittel der Vertheidigung von den Gesetzen angesehen werden, zieht die Vernachläßigung der Form alle Folgen des Ungehorsams nach sich, denn die Handlung, welche vorzunehmen war, ist wegen Mangel der gehörigen Form im Rechtssinne nicht vorgenommen worden *), und ohne allen Grund unterscheidet man zwischen der Contumacia in non comparendo und non respondendo *).

XIV

III. Verzicht und Zurechnung setzen die bedingte Nothwendigkeit und Möglichkeit zu handeln voraus, so weit also eines oder das andere nicht vorhanden ist, kann nach dem bekannten Grundsatz: non valenti agere non

a) cap. 3. X. de dolo et contumacia. Schmelzer a. a. O. S. 5.

b) Schmelzer a. a. O. S. 119. u. ff.

currit praescriptio, von den Folgen des Unge-
horsams keine Rede seyn. Wir sehen die Früch-
te dieses Grundsatzes darin, daß 1) nur derjeni-
ge als ungehorsam betrachtet werden kann, wel-
chem die Nothwendigkeit, innerhalb einer gewis-
sen Zeit zu handeln, bekannt war, und insoweit
ist richtig, daß bey einer vom Richter festgesez-
ten Zeit Bekanntmachung des Termins, oder,
was eben so viel sagt, eine rechtmäsig erkannte
und insinuirte Ladung vorausgesezt werde. 2)
Wer nicht handeln konnte, dessen Unterlassung
ist kein Verzicht, darum befreien Hindernisse
von den Folgen des Ungehorsams. Bey den oh-
ne Verschulden verstrichenen Nothfristen leistet
die Praxis diesen Grundsätzen durch die Form
einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Ge-
nügen. 3) Hat die Unterlassung dem Gegentheil
Kosten gemacht, so muß bey eingetretenen Hin-
dernissen nach dem Grundsatz der Imputation da-
rauf gesehen werden, ob die Hindernisse so be-
schaffen waren, daß sie nicht nur die Vornahm
der Handlung, sondern auch eine Vorsorge,
durch Anzeige des Hindernisses die Kosten zu ver-
meiden, unmöglich machten, und dann kann
gar keine Folge des Ungehorsams eintreten: oder
ob des Hindernisses ungeachtet durch eine Anzeige

desselben wenigstens die Kosten vermieden wer-
den konnten, und dann ist in Rüksicht dieser
ein Verschulden vorhanden, wegen welchem der
Unterlassende zum Ersatze dieses Schadens ver-
bunden ist, ob er gleich sein Recht, die Hand-
lung noch vorzunehmen, nicht aufgeben, also
auch nicht verlohren hat. — Wie klar dies al-
les ist, was durch die Eintheilung der Hinder-
nisse in solche, welche a dolo, und in solche,
welche a culpa entschuldigen *a*) so dunkel wird! —
4) Aus dem nämlichen Grunde können die Wir-
kungen der Unterlassung sich auf dasjenige nicht
erstrecken, wovon noch kein Gebrauch gemacht
werden konnte; neu aufgefundene Beweise, Ein-
reden, welche erst nachher entdekt oder veranlaßt
werden, sind bekannte Beyspiele für diesen Satz;
ich kann ihn aber noch mit einem weniger bekann-
ten Beyspiele belegen. Der Beklagte soll nach
der Verordnung des jüngsten Reichsabschieds alle
seine zerstöhrliche Einreden bey Verlust derselben
mit dem Exceptionssatze verbinden; dennoch kann
der Beklagte noch in der Duplikhandlung zur
Entkräftung der Repliken des Klägers im engern
Sinn noch jene neue Einreden beybringen, wel-
che nicht anders als in Voraussetzung einer sol-

a) Böhmer Pr. Iur. Can. §. 745

chen Replik gedacht werden können (Duplifen im römischen oder engern Sinne [b]).

XV.

IV. Aus dem Grunde alles Ungehorsams, dem Verzichte, folgt von selbst, daß 1) Handlungen erfodert werden, welche von der freyen Willkühr der Partheyen abhängen, und aus diesem Grunde leuchtet es von selbst in die Augen, daß wesentliche Theile eines Prozesses, besonders die Legitimation zur Sache den Folgen des Ungehorsams nicht unterworfen sind; 2) daß auch nur bey Personen ein Ungehorsam gedacht werden kann, welche über ihr Eigenthum frey zu disponiren befugt sind; Minderjährigen u. d. können die Folgen des Ungehorsams nicht zugerechnet werden. Zwar lehrt man gewöhnlich, daß auch Minderjährigen, frommen Stiftungen Gemeinheiten u. d. die Nothfristen laufen [a]), aber wer wird ihnen die Restitution gegen die verabsäumten Nothfristen versagen, da sie den Verlust ohne ihr Verschulden leiden, es also am Tage liegt, daß sie jedesmal nach dem bekannten kam-

b) Man sehe davon meine Erörter. S. 55.

a) Danz §. 403.

mergerichtlichen Senatuskonsultum [b]) darauf Anspruch haben? 3) Jeder Verzicht kann nur demjenigen schaden, der ihn leistet, und die Folgen des Verschuldens dürfen nur jenen treffen, der es begieng, auf Kosten eines Dritten kann weder Eines noch das Andere verhängt werden; daher wird der Ungehorsam des Anwalts der Parthey nicht zum Schaden gerechnet, und Personen, deren Geschäfte nur durch Andere besorgt werden können, sind überall nicht als Ungehorsam zu behandeln, sondern der Richter muß diejenigen, welche für sie zu sorgen haben, zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten durch Zwangsmittel anhalten [c]). Appellationsprozesse in contumaciam judicis non informantis erkennen, ist offenbar ungerecht, und sehr zweckmäßig sezt der kaiserliche Reichshofrath Geldstrafen wider den säumigen Richter statt der alten ungerechten Formel an, welche bey fortdauernden Ungehorsam in der Berichtserstattung erhöht werden. Wenn aber der Parthey Bericht abgefodert war, so ist die Erkennung der Prozesse in contumaciam Partis non informantis ganz zweckmäsig und gerecht.

b) Meine Erörterungen S. 19.

c) Grolman §. 175. Meine Erörter. S. 234.

XVI.

V. Wer auf eine Handlung Verzicht leistet, hat darum noch nicht das Recht zu den übrigen Handlungen verlohren, denn sonst würde die Wirkung grösser seyn, als die Ursache; wer keine Fragstücke zu den Beweisartikeln übergibt, kann dennoch im Termine erscheinen, um die Zeugen schwören zu sehen, oder eine Impugnationsschrift übergeben; es wäre denn, daß die eine durch die Unterlassung verlohrne Handlung die Bedingung ist, ohne welche man sich die andere Handlung nicht denken kann: so darf derjenige, welcher die Nothfristen einer Appellation verabsäumte, auf keine der Handlungen mehr Anspruch machen, welche die Beobachtung der Fatalien als wesentliche Bedingung voraussetzen.

XVII.

VI. Nicht selten entspringen aus dem Ungehorsam verschiedene nachtheilige Folgen zu verschiedenen Zwecken, aber so, daß der wirkliche Gebrauch eines Zweks den andern ausschließt. Der Ungehorsam des Klägers im ersten Termine liefert das passende Beyspiel, wo der Beklagte entweder 1) um Entbindung von

der Instanz bitten, oder 2) sich auf die Klage einlassen und in der Hauptsache gegen den Kläger verfahren, oder 3) den Richter ersuchen kann, dem Kläger eine Frist zur Fortsetzung seiner Klage, bey Verlust derselben anzuberaumen [a]). Der Ungehorsame hat in alle diese Folgen durch seinen Ungehorsam eingewilligt, und sein Gegner hat das Recht, eine dieser Folgen zu wählen.

XVIII.

VII. Das Verschulden eines Theils ist in den Folgen des Ungehorsams bald der Grund des Verzichts bald der Grund zur Verbindlichkeit, den Schaden zu ersetzen, und in beyder Rüksicht will ein streitender Theil aus dem Verschulden des andern Theils ein Recht erlangen; es ist daher einleuchtend, daß die Grundsätze von Culpa in dem Fall unter den streitenden Theilen entscheiden, wenn beyde Theile ein Verschulden begangen haben, daß demnach, so wie allgemein culpa cum culpa compensirt wird [a]), ein Theil aus dem Verschulden seines Gegners kein Recht ableiten kann, wenn auch er zur nämlichen Zeit

a) Danz §. 457.

a) L. 10. pr. D. de compensat. L. 36. D. de dolo.

eine Handlung unterlassen hat, woraus die Folgen eines circumducirten, d. h. von beyden Theilen verabsäumten Termins entspringen. Doch ist für sich klar, daß Nothfristen in diese Klasse nicht gebracht werden können.

XIX.

VIII. So bekannt der Satz ist, Ursache und Wirkung coexistiren sich, so trügt er doch nach den Bestimmungen des positiven Rechts in der Lehre vom Ungehorsam. Wenn aus der Vernachläsigung einer gerichtlichen Handlung der Verlust derselben und der Schadensersatz folgen, so sollten diese Wirkungen so oft eintreten, als wir die Ursache antreffen, unabhängig von einer besondern Foderung des Gegners und einem Urtheil des Richters. Aber der gemeine Prozeß nimmt diese Sätze nur unter einem besondern Unterschied — worin man schwer eine Konsequenz finden wird — zwischen monitorischen und arctatorischen Ladungen an.

Ueberhaupt kann ich — vorausgesezt, daß es keine absolute, sondern nur eine bedingte Verbindlichkeit zur Rechtsvertheidigung giebt, und dieser Satz kann doch wohl nicht angefoch-

ten werden *) — mit den Begriffen, die man von monitorischen und arctatorischen Ladungen angiebt, nicht einverstanden seyn; da es indessen hier nicht darauf ankömmt, so will ich mir es vorbehalten, davon im nächsten Bande zu reden, und beschränke mich auf die Sätze, wie sie nun einmal Gesetze oder die Praxis annehmen. — Es wird also zwischen monitorischen und arctatorischen Ladungen unterschieden; sind die unterlassenen Handlungen solche, deren Daseyn zur Fortrückung des gerichtlichen Verfahrens nicht als in der Regel nothwendig (aber nicht wesentlich) angesehen werden, gehören sie nur zu den Rechten eines streitenden Theils, so tritt Verlust der Handlung, ohne daß eine Ungehorsamsbeschuldigung oder ein Contumacialerkenntniß vorausgehen mußte, auf der Stelle ein. Wir sehen dieses nicht nur bey verabsäumten Fatalien, sondern auch bey den im Exceptionssatz nicht vorgebrachten Einreden, bey unterlassener Uebergab der Fragstücke auf die Beweisartikel, im Nichterscheinen bey Einnehmung des Augenscheins, bey Vereidung der Zeugen und Kunstverständigen, bey Verkündigung des Urtheils u. s. w., wo ohne Ungehorsamsbeschul-

a) Siehe oben Seite 99.

digung, ohne einen neuen Termin anzusetzen, ohne weiters im gerichtlichen Verfahren vorgerükt wird. Bey arctatorischen Ladungen ist die Praxis gelinder, sie läßt die Strafe des Ungehorsams nur nach einer Ungehorsamsbeschuldigung eintreten, und erlaubt dem ungehorsamen Theile, noch vor der Ungehorsamsbeschuldigung die Handlung vorzunehmen b).

XX.

IX. Auch darum wollen einige den Ungehorsam bey monitorischen Ladungen in die Klasse des Ungehorsams nicht bringen, folglich denselben auf arctatorische Ladungen schon im Begriffe beschränken, weil bey monitorischen Ladungen eine Verurtheilung in die Unkosten nicht geschehen kann. Allein wenn man es auch als wahr annehmen wollte, so würde dieses doch nicht die Einschränkung des Begriffs auf Vernachläßigung arctatorischer Ladungen rechtfertigen. Die Nichtverurtheilung in die Kosten ist hier nichts weniger, als ein besonderer Rechtssatz, gehoben aus der Natur monitorischer Ladungen, sondern sie fließt nur aus der Anwendung der allgemeinen Grundsätze

b) Nur Nothfristen oder ipso jure peremtorische Termine sind ausgenommen.

vom Ungehorsam auf einen concreten Fall des Ungehorsams bey monitorischen Ladungen. Wer einen Termin verabsäumt, und ein Verschulden dabey begeht, der muß den daraus entstandenen Schaden tragen, dies ist der allgemeine Grundsatz, der ohne Ausnahme bey allen Arten des Ungehorsams statt findet. Wendet man ihn auf monitorische Ladungen an, so findet man, daß ihre Vernachläßigung meistentheils das Verfahren in seinem Laufe nicht stöhrt, also keine Kosten verursacht, und offenbar erhellt daraus, daß eine Verurtheilung in die Kosten hier nur deshalb nicht geschieht, weil de facto keine Kosten verursacht wurden, keineswegs aber deshalb, weil Verabsäumung monitorischer Termine nach andern Rechtssätzen zu beurtheilen wären. Man darf sich, um davon ganz überzeugt zu werden, nur einen Fall denken, wo die Unterlassung einer in die Klasse monitorischer Ladungen fallenden Handlung Kosten verursachte: z. B. Der unterliegende Theil interponirt gegen ein Urtheil die Appellation, verabsäumt aber die übrigen Fatalien bey dem Oberrichter, ohne bey dem vorigen Richter eine Anzeige zu machen, daß er seine Appellation fallen lasse, wodurch Kosten entstehen, um die Desertion ins Klare zu setzen,

und die Execution zu befördern: wer zweifelt, daß der Appellant in diese Kosten verurtheilt werden müsse, da sie offenbar durch sein Verschulden entstanden sind? Also lassen sich Fälle denken, wo ausser den arctatorischen Ladungen der Ungehorsam eine Verurtheilung in die durch eine Nachläßigkeit verursachte Kosten begründet. — Auf der andern Seite giebt es Fälle, wo bey arctatorischen Ladungen eine Verurtheilung in die Kosten nicht geschieht, z. B. wenn der Beklagte mit dem Exceptionssatze einige verzögerliche oder zerstöhrliche Schutzreden nicht vorträgt, so wird er mit diesen Einreden präcludirt; hier gieng eine arctatorische Ladung voraus, der Beklagte verliehrt ein Recht, aber er wird doch nicht in Kosten verurtheilt, sobald sein Exceptionssatz übrigens so beschaffen war, daß er das gerichtliche Verfahren in seinem Laufe nicht stöhrte, durch die Vernachläßigung also keine Kosten entstanden waren. Der Grund der Verschiedenheit bey dem Ersatz der Kosten ist daher nicht rechtlich (Iuris) sondern nur factisch, ohne daß durch ihn ein Unterschied zwischen arctatorischen und monitorischen Ladungen im Begriff des Ungehorsams gerechtfertiget werden könnte.

XXI.

X. Ersatz der Kosten kann wegen dem Ungehorsam eines Theils von seinem Gegner nur dann gefodert werden, wenn sie im Ungehorsam ihren Grund haben, und ohne ihn nicht entstanden wären; das nothwendige Verhältniß zwischen Ursache und Wirkung fodert also, daß nur jene Kosten dem Ungehorsamen aufgebürdet werden, welche nicht entstanden seyn würden, wenn er nicht contumax gewesen wäre *a*), das canonische Recht *b*) und die Kammergerichtsordnung *c*) stimmen damit überein, und die Decretalen reden ganz bestimmt nur von diesen Unkosten. Der Ungehorsam ist ein selbstständiges, vom Rechte in der Hauptsache ganz unabhängiges Ding, er muß mit seinen Folgen nur aus sich selbst beurtheilt werden, und es kann Fälle geben, wo ein ungehorsamer Theil ein obsiegendes Urtheil davon trägt, und doch in Contumacialkosten verurtheilt wird — das bekannte: de victore in expensas condemnando — In allen Fällen sind aber unter den Contumacialkosten nur

a) Sehr gründlich handelt hievon Schmelzer a. a. O. S. 8. u. 9.

b) cap. 1. de dolo et contum. in 6.

c) K. G. O. 1555. Th. 3. Tit. 42. §. 3.

jene begriffen, welche ohne den Ungehorsam nicht entstanden wären.

Ein Beyspiel, welches zur Bestärkung der im vorigen Paragraph vorgetragenen Sätze dient, soll die Sache aufklären. Wenn der Produkt bey dem Urkundenbeweise in einem peremtorischen Termine zur Anerkennung oder Ableugnung der Urkunde vorgeladen war, und wegen seinem Nichterscheinen die Urkunde für anerkannt angenommen wird, so ist er contumax und die für geschehen geachtete Recognition eine Folge seines Ungehorsams; und dennoch kann er bey dieser arctatorischen Ladung nicht in die Kosten dieses Termins als Contumacialkosten verurtheilt werden, weil der Termin unbedingt nothwendig war, ein neuer Termin nicht veranlaßt wird, folglich die Kosten dieses Termins im Ungehorsam des Producten ihren Grund keineswegs haben.

XIX.

Prüfung des Satzes, daß eine Einrede kein Eingeständniß der Klage enthalte.

I.

Unter die bekanntesten Rechtsaxiomen gehört der Satz: qui excipit non fatetur; er breitet sich mit seinen Folgen auch auf das peinliche Recht aus, wie Gothofred a) zeigt, und äussert in der Beurtheilung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten wichtige Folgen; die Gesetze bestärken ihn so oft, daß es beynahe eine Vermessenheit scheint, wenn man daran zweifeln wollte, und doch wird ein jeder bey einigem Nachdenken von selbst sich Fälle bilden können, in welchen ein dunkles Gefühl gegen die Anwendbarkeit dieses Satzes spricht. Mir scheint, man habe die Wahrheit verkannt, weil man einzelne Fälle zur Regel erhob, diese von den

a) In seinen Anmerkungen zum L. 4. D. Ad Legem Aquil.

Ausnahmen zu unterscheiden vergaß, und den rechten Standpunkt nicht aufsuchte, von welchem bey der Sache ausgegangen werden muß, wenn man Wahrheit finden will. Vielleicht befriediget die nachfolgende Untersuchung, oder bahnt wenigstens den Weg zur Wahrheit, indem sie andern denkenden Männern eine Veranlassung giebt, diesen Gegenstand einer genauern Prüfung zu würdigen.

II.

Regel ist es, daß die Vorschützung einer Einrede an sich kein Eingeständniß der Klage ist; eine Regel, welche schon in der Natur der Sache ihre Rechtfertigung findet. Wer eine Einrede dem Anspruch entgegensezt, hat in diesem Augenblicke die Wahrheit des Anspruchs gar nicht vor Augen, er läßt die Wahrheit der Umstände, worauf der Gegner seine Klage baute, in ihrem Werth und Unwerth ruhen, und beruft sich auf andere Thatsachen, wodurch das Recht seines Gegners auf allen Fall zerstöhrt wird; man hat also bey der Einrede keine Absicht, die Wahrheit des gegentheiligen Vorbringens einzuräumen. Ausser allem Zweifel sezt nun das positive Recht diesen Satz als Regel

fest, indem das römische b) und kanonische Recht c) sehr deutlich verordnet: „Exceptio„nem objiciens non videtur de intentione „adversarii confiteri.“

III.

Sichtbar sind die Folgen dieses Satzes, in welchem das positive Recht mit den Vernunftsätzen so schön übereinstimmt, darin, daß 1) wer ohne die Klage einzuräumen, nur eine Einrede vorbringt, mit Recht fodern kann, daß erst der Kläger die Wahrheit der im Klagschreiben angeführten Umstände beweise, ehe vom Beklagten der Beweis seiner Einreden gefodert wird a), und daß 2) sogar Einreden zugelassen werden, welche unter sich selbst oder mit der Antwort auf die Klage in einem scheinbaren Widerspruche stehen, weil man annimmt, daß sie nur auf den Fall entgegengesezt wurden, wenn eines dieser Vertheidigungsmittel seine Dienste versagt.

b) L. 9. D. und L. 9. C. de Exception. L. 43. D. de Regul. Iur.

c) cap. 63. de Reg. Iur. in 6. und cap. 6. X. de except.

a) L. 9. C. de Exception.

VI.

Aber Uebertreibung würde es seyn, wenn man diese Regel für so allgemein ausgeben wollte, daß von ihr gar keine Ausnahme statt finde. Denke man den Fall: der Kläger klagt aus einem Anlehen, und der Beklagte sezt diesem Anspruch, ohne das Anlehen abzuläugnen oder zuzugestehen, die Einrede der Zahlung entgegen: sollte auch hier das Rechtsaxiom, qui excipit non fatetur, die Wirkung haben, daß zuerst der Kläger das Anlehen zu beweisen verbunden sey — sollte nicht diese Einrede ein Bekenntniß des Anlehens in sich enthalten, da man doch nicht zahlt, was man nicht schuldet? Billigkeit scheint freylich im gegebenen Falle für den Kläger zu sprechen; aber was vermag sie gegen deutliche Gesetze? Billigkeit artet in Unrecht aus, wenn man sie über klare Gesetze erheben will, so lange also diese Ausnahme mit den Gesetzen nicht vereinbar ist, kann auf sie kein Werth gelegt werden.

V.

Mit den Verordnungen des römischen Rechts *) könnte die Ausnahme sehr wohl bestehen; wenn

*) Oben §. II. Not. *b.* auch das cap. 63. de Reg. Iur. in 6. gehört in diese Klasse.

man sie insgesammt genau betrachtet, so wollen sie nur, daß aus der Vorschützung der Einrede an sich kein Eingeständniß der Klage geschlossen werden soll; eben darum aber stehen sie uns gar nicht entgegen, wenn wir nicht aus der Vorschützung von Einreden im Allgemeinen, sondern daraus das Einbekenntniß schliessen, daß die Einrede nur unter Voraussetzung des gegentheiligen Factums gedacht werden kann, und gedacht werden muß, weil der Beklagte dem Factum nicht widersprochen, dasselbe also in seiner Einrede durch die That (implicite) eingestanden hat.

VI.

Aber eine Stelle des canonischen Rechts a) steht der Ausnahme gerade entgegen, in welcher Innocenz der dritte einer Ableitung des Geständnisses aus der Einrede durch einen Schluß (per consequens) aus dem Grunde verworfen hat, weil eine Einrede kein Geständniß ist. Deutlich hat der Pabst auch einen Schluß aus der Einrede auf ein darin enthaltenes Einbekenntniß entkräftet; hieraus müssen die Verordnungen des römischen Rechts erläutert oder ergänzt werden,

a) Das angeführte cap. 6. X. de Except.

und jede Ausnahme ist gesetzwidrig, wenn römisches oder canonisches Recht die Quelle sind, woraus wir diese Sache entscheiden müssen b).

Indessen wird eine genauere Rüksicht auf die einheimischen Quellen des gemeinen Prozesses gar bald zu der Ueberzeugung führen, daß von den Verordnungen der fremden Rechte nicht ohne alle Einschränkung Gebrauch gemacht werden dürfe. Ich will die Fälle sondern, welche uns zu einer richtigen Erkenntniß leiten.

VII.

A) Wenn der Beklagte die Klage gehörig beantwortet, die Umstände einzeln nach Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds gehörig ableugnet, so kann er mit dieser vereinenden Litiscontestation eine Einrede verbinden, sollte sie auch mit der Antwort in einem scheinbaren Widerspruche stehen. Der Satz, qui excipit non fatetur, äussert hier seine Wirkungen, da der Beklagte den Verordnungen der Reichsgesetze Ge-

b) Daher kömmt es vorzüglich, daß die mehrsten Rechtsgelehrten, welche Danz §. 185. Note *f* anführt, die Regel ohne alle Ausnahme vertheidigen.

nügen leistet, also der Anwendbarkeit der fremden Rechte nichts im Wege steht.

B) Wenn er aber gegen das Verboth des jüngsten Reichsabschieds ohne specielle Litiscontestation nur Einreden vorbringt, so muß zuerst aus dem Geiste der Reichsgesetze bestimmt werden, was die Unterlassung einer speciellen Litiscontestation für rechtliche Folgen in dem gegebenen Falle hervorbringt. Denn hier dringt sich bey genauerm Nachdenken die Betrachtung von selbst auf, daß von den Verordnungen des römischen und canonischen Rechts nur so weit Gebrauch gemacht werden könne, als einheimische Gesetze durch diese Anwendung nicht verlezt werden, und daß die Antwort des Beklagten nach den Verordnungen der deutschen Reichsgesetze eine ganz eigene, von den Bestimmungen der fremden Rechte abweichende Richtung erhalten habe. Die fremden Rechte foderten keine specielle Antwort auf die vom Kläger angeführten Thatsachen *a*), und da ließ sich ein Exceptionssatz ohne eigentliche Erklärung auf die Umstände der Klageschrift denken; da hingegen der jüng-

a) Böhmer Princ. Iur. Canon. § 760.

ste Reichsabschied [b]) eine specielle Litiscontestation fodert, so muß dies nothwendigerweise eine Veränderung in den rechtlichen Folgen hervorbringen, wenn der Beklagte, ohne die Umstände der Klage gehörig zu beantworten, seine Vertheidigung nur in Vorschützung einer Einrede sezt. Es ist klar, daß hier die Fremden Rechte bey veränderten Verhältnissen gegen die Reichsgesetze nicht angewendet werden können, und daß alles von einer richtigen Bestimmung der Folgen abhängt, wenn der Beklagte mit Unterlassung der speciellen Litiscontestation nur durch Entgegensetzung einer Schutzrede sich vertheidigt.

VIII.

Daß der Exceptionssatz fehlerhaft ist, daß die Kriegsbefestigung in contumaciam für geschehen angenommen werden muß, geben alle Praktiker zu; nur bestimmen sie die Strafe des Ungehorsams dahin, daß die Litiscontestation als verneinend angesehen werde, und auf diese Weise wäre freilich der Satz: qui excipit non fatetur, gerettet. Sie berufen sich zum Beweise ihrer Meynung darauf, daß der jüngste Reichsabschied nur eine verneinende Kriegsbefe-

b) §. 37.

stigung als Strafe des Ungehorsams allgemein festsetzte, also auch hier eine andere Strafe nicht verhängt werden könne.

Allein dieser Meynung fehlt es schon überhaupt an Consequenz, wenn die Praktiker neben dieser in Contumaciam angenommenen verneinenden Kriegsbefestigung noch die vorgeschützte Einrede zulassen wollen; eine in Contumaciam angenommene Litiscontestation hat den Verlust aller zerstöhrlichen Einreden zur Folge: wie soll die Zulässigkeit der Einrede mit dem Geiste des jüngsten Reichsabschieds in Harmonie gebracht werden? Die Klage will man für abgeleugnet halten, zur Strafe des Ungehorsams, und dennoch die Einrede zulassen — worin soll denn die Strafe des Ungehorsams bestehen? — Abgerechnet die dilatorischen Einreden, von denen die wenigsten einen besondern Nutzen für den Beklagten hervorbringen, hätte er durch ein ganz gesetzmäsiges Betragen nicht mehr gewonnen, als man ihm aus seinen gesetzwidrigen Handlungen zusprechen will. Es fällt in die Begriffe, daß durch diese Meynung der Ungehorsam des Beklagten mehr am unschuldigen Kläger bestraft werde, indem dessen ganze Klage für abgeleugnet angesehen werden soll.

IX.

Ueberhaupt aber scheint mir die Idee von Ungehorsam hier nicht glüklich angewendet zu seyn. — Dringe man doch, abgesehen von allen Formen, in den Geist des ganzen Verfahrens im gegebenen Falle, daß der Beklagte, ohne die Umstände der Klage zu beantworten, nur eine Einrede vorschüzt. — Gegen die Klage sich zu vertheidigen, ist die Absicht des Exceptionssatzes im Ganzen; zu dieser Absicht hat der Beklagte zwey Mittel, er kann die Umstände der Klage ableugnen, oder durch neues Vorbringen die Klage entkräften, oder beyde Mittel verbinden. Will er das erste, so muß er nach der deutlichen Bestimmung des jüngsten Reichsabschieds auf jeden Umstand, welchen er in Abrede stellen will, besonders antworten, nur affirmative Kriegsbefestigungen können nach der Meynung der Praktiker, welche mit dem Geiste des jüngsten Reichsabschieds sehr gut harmonirt, allgemein seyn [a]); unterläßt er also eine specielle Kriegsbefestigung, läßt er das Factum der Klage unter Anführung einer zerstöhrlichen Einrede ganz unbeantwortet, so erklärt er durch die That,

a) Claproth §. 142. Danz §. 179. Grolmann §. 173. Martin Lehrbuch §. 104.

daß er in der Verneinung der Klage seine Vertheidigung nicht setze, und man kann im eigentlichen Sinne den Begriff von Ungehorsam mit seinen Folgen auf ihn nicht anwenden. — Ungehorsam ist er nicht, denn er suchte sein Recht durch die Einrede zu vertheidigen; dadurch, daß er die Klage nicht in der Art beantwortete, wie er zu thun schuldig war, wenn er sich durch eine Ableugnung der Klage vertheidigen wollte, ist er eben so wenig ungehorsam; denn er ist nur bedingt zur speciellen Litiscontestation verbunden, wenn er die Klage verneinen will, unterläßt er das Mittel, durch welches allein diese Vertheidigung geführt werden kann, so erklärt er durch die That, daß er diese Art, sein Recht zu vertheidigen, nicht brauchen wolle, er räumt also durch die That die Klage ein, und kann als Ungehorsam in Beantwortung der Klage nicht angesehen, nicht nach dem Maasstab von Strafen des Ungehorsams beurtheilt werden; er hat die Klage stillschweigend, allgemein, also in der Art beantwortet, wie sie ohne specielle Litiscontestation beantwortet werden kann — d. h. er hat wirklich die Klage affirmativ beantwortet.

X.

Auch wird hierdurch gegen den Beklagten gar kein Unrecht verhängt, denn will er die Klage ableugnen, so kann und muß er das Mittel brauchen, ohne welches eine Ableugnung der Klage nicht gedacht werden kann; er wird also nur aus seinen eignen Handlungen beurtheilt, wenn er dieses Mittel nicht anwendet, und sein ganzes Recht von der Einrede abhängig macht, welche er der Klage entgegensezte. — Nicht aus der Einrede wird das Eingeständniß der Klage abgeleitet, nicht der Satz verworfen, qui excipit non fatetur, sondern seine Handlung, daß er ohne besondere Kriegsbefestigung seine Vertheidigung auf eine Einrede beschränkte, mit ihren Wirkungen aus den Reichsgesetzen beurtheilt, aus welchen durch eine nothwendige Folge der Satz hervorgeht, daß derjenige, welcher die besondere Litiscontestation unterläßt, allenthalben den Willen gar nicht haben könne, die Klage abzuleugnen.

XI.

Indem ich aus dem Geiste des jüngsten Reichsabschieds eine Interpretationsregel für die Absicht des Beklagten entwikle, will ich sie noch

durch einen sehr bekannten Rechtsgrundsatz bestärken. Jede Handlung muß so interpretirt werden, daß sie rechtsbeständig ist, und jeder, der eine Handlung unternimmt, muß sich den Folgen dieser unbestrittenen Interpretationsregel unterwerfen; eben diese muß auch in unserm Fall auf den Beklagten so viel wirken, daß sein Exceptionssatz, der keine Antwort auf die Umstände der Klage, sondern nur eine zerstöhrliche Einrede enthält, als eine bejahende Antwort auf die Klage angesehen wird, da sein Exceptionssatz nur unter dieser Eigenschaft eine rechtsbeständige Handlung ist.

XII.

Der Satz: qui excipit, non fatetur, mag daher immerhin als richtig angenommen werden, nur darf man unter dem Worte: exceptio, nichts anders verstehen, als ein neues Vorbringen zur Entkräftung der Klage; niemals aber darf man ihn auf die ganze Handlung des Beklagten erstrecken, sondern man muß ihm den andern Satz zur Seite stellen: wer ohne die Umstände der Klage durch eine besondere Litiscontestation abzuläugnen, nur eine zerstöhrliche

Einrede der Klage entgegen sezt, hat die Klage eingestanden — nicht als wenn aus der zerstöhrlichen Einrede ein Eingeständniß der Klage folgte, sondern weil sein Exceptionssatz im Ganzen keine andere Absicht nach den Verordnungen des jüngsten Reichsabschieds haben konnte, als durch ein allgemeines Stillschweigen auf die Umstände der Klage, durch Unterlassung einer speciellen Kriegsbefestigung die Klage einzuräumen, und seine Vertheidigung blos von der entgegengesezten zerstöhrlichen Einrede abhängig zu machen.

XIII.

Eben dieser Grund beweißt auch, daß zwar diese Folgen nur da eintreten, wo die Unterlassung einer besonderen Litiscontestation mit der Einwendung einer zerstöhrlichen Einrede verbunden war, daß aber auch auf die übrigen Eigenschaften der zerstöhrlichen Einrede und auf ihren Zusammenhang mit den Umständen der Klage gar nichts ankömmt. Ob die vorgebrachte Einrede ein Bekenntniß der Klage in sich zu fassen scheint oder nicht, wie die Einrede der Zahlung für ein Geständniß der Schuld gehalten werden

kann, dies ist gleichgültig, denn ich habe den Grund meiner Meynung nicht in dem Verhältnisse der Einrede zu dem Factum der Klage gesezt, sondern sie aus der unterlassenen speciellen Kriegsbefestigung, als dem einzigen gesetzlichen Mittel, eine Klage zu läugnen, abgeleitet.

XIV.

Einen Einwurf muß ich mir selbst machen, auf welchen mich ein von Claproth a) zu einer andern Absicht angeführtes Beyspiel führte. Wenn jemand eine Erbschaft als Intestaterbe einklagt, und der Beklagte, ohne auf diese zur Klage gehörigen Umstände zu antworten, die Einrede entgegensezt, daß er Erbe aus einem Testamente sey: sollte wohl auch in diesem Falle ein Eingeständniß der Klage aus der unterlassenen speciellen Litiscontestation fliessen? Ist wohl der Kläger Intestaterbe, wenn der Beklagte das Daseyn eines Testaments, worauf er seine Einrede baute, nicht beweisen kann? Dies alles kann man zwar nicht behaupten, aber ehe man daraus einen Schluß wider die Richtigkeit dessen, was ich bisher vortrug, zieht, untersuche man näher, worin der Grund liege, aus wel-

a) Ordentl. Proz. Th. II. §. 142. am Ende.

chem hier das Recht des Klägers noch nicht für anerkannt geachtet werden kann; und man wird sich bald überzeugen, daß die Eigenschaft eines Intestaterben in dem angeführten Beyspiel die Legitimation zur Sache ausmacht, welche vom Eingeständniß des Beklagten nicht ausschliessend abhängt, und für welche der Richter von Amtswegen zu sorgen verbunden ist. Nur diese Eigenschaft einer hier einwürkenden Legitimation zur Sache ist der Grund der Verschiedenheit aller in diesem Beyspiel eintretenden Rechtsverhältnisse, er beweißt aber auch, daß dieses Beyspiel meine bisher angeführten Grundsätze gar nicht entkräftet.

XX.

Von der Gewalt des Richters in Verbesserung der Eydesformel bey einem zugeschobenen und angenommenen oder zurückgeschobenen Eyde.

I.

In Albrechts Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle *a*), wird die Rechtsfrage sehr kurz abgehandelt, ob der Richter die zugeschobene Eydesformel abändern und bestimmen könne? Er bemerkt zuerst, daß zwar der Eyd in der Form, wie er übertragen wurde, zu leisten ist *b*), und daß der Eyd nicht nach der Meynung dessen, der schwört, sondern nach der Absicht dessen, welcher den Eyd fodert, abgelegt werden muß *c*); gleichwohl legt er dem Richter

a) Band II. no. 66. (Hannover 1800. 8.)

b) L. 3. §. ult. D. de Iureiur.

c) c. 9. C. 22. q. 5.

nicht nur das Recht, sondern die Verbindlichkeit bey, auf das genaueste bey allen Eydesleistungen zu untersuchen, ob die von den Partheyen gewählten Eydesformeln dem darzulegenden Beweissatze anpassend sind, und nicht etwa überflüßige oder gar verfängliche Sachen in sich enthalten; in welchen Fällen alsdenn der Richter die vorliegenden Formeln der Eyde abändern und bestimmen muß. Zum Beweise werden zwey Stellen des römischen Rechts *d*) und angesehene Rechtslehrer angeführt.

II.

Hiebey machte ein Recensent in der Hallischen juristischen Litteraturzeitung *a*) die gegründete Bemerkung, daß eben darüber kein Zweifel sey, ob der Richter die Befugniß habe, Eydesformeln abzuändern, wenn der Eyd als ordentliches Beweismittel gebraucht worden ist, und die Partheyen miteinander über die Zulässigkeit der Eydesformel streiten. Aber die Hauptfrage sey: in wie ferne der Richter schon von Amtswegen zu solcher Abänderung befugt ist, und ob die Parthey, welche den Eyd im Allge-

d) L. 34. §. 5. u. 8. D. de Iureiur.

a) April 1800. S. 488.

meinen acceptirt hat, nach abgeänderter Eydes-formel denselben noch abzuleisten verbunden ist, oder sich der Leistung ohne Nachtheil weigern kann, desgleichen in wie ferne den Deferenten noch die Delation bindet? — Gewiß sind das Fragen von grosser Erheblichkeit, und die Bemerkungen des Recensenten verdienen Aufmerksamkeit und Dank. Haben auch ältere Rechtslehrer einzelne dahin einschlagende Bemerkungen gemacht, so ist doch die Frage weder im Ganzen beantwortet, noch in der Entscheidung auf richtige Grundsätze zurükgeführt worden. Ich will den Wink benützen, und einen Versuch der Beantwortung machen.

III.

Von dem, was bey dem aussergerichtlichen freywilligen Eyde (Iuramentum voluntarium extraiudiciale) gilt, kann auf den gerichtlichen Eyd als Beweismittel kein Schluß gezogen werden. Der aussergerichtliche Eyd ist eine Vertragsbedingniß: wer einen solchen Eyd sich leisten läßt, macht sein ganzes Recht von der eydlichen Versicherung des andern abhängig; der Vertrag ist nicht ein Mittel zu einem andern Zwecke, er ist selbstständig,

und muß aus sich selbst beurtheilt werden; Sind daher in einem Vertrag Rechte von einem solchen aussergerichtlichen Eyde abhängig gemacht, und derselbe geleistet worden, so kömmt es auf den Inhalt der durch den Eyd bestärkten Umstände, und ihren entscheidenden Einfluß auf die davon abhängig gemachten Rechte gar nicht an, weil die Rechte im Grund nicht vom Inhalt des Eydes, sondern nur vom Vertrage und dem Eyd, wie er im Vertrage bestimmt ist, abhängig gemacht wurden.

IV.

Der gerichtlich zugeschobene Eyd (Iuramentum voluntarium iudiciale) hingegen hat eine ganz andre Eigenschaft. Er ist seiner Natur nach ein Beweismittel, er ist also nur Mittel zum Zwek, und aus dem Zwecke muß seine Rechtmäßigkeit, seine Kraft abgeleitet und beurtheilet werden: er ist nicht selbstständig und von höhern Einflüssen unabhängig, wie der aussergerichtliche Vertragseyd, sondern er ist abhängig vom Zwecke, den er befördern soll. — Anstatt daß bey dem aussergerichtlichen Eyde nach seiner Leistung die Rechte nicht aus dem Eyde, sondern eigentlich aus dem Vertrage bestimmt

werden, folglich auf den Inhalt des Eydes, sobald er dem Vertrage gemäß war, gar nichts ankömmt, soll der Eyd als Beweismittel das Factum herstellen, welches der Richter unter das Gesetz subsumiren muß, und der Inhalt des Eydes ist von dem Zwecke abhängig, für den er geleistet wird. — Wo bey dem aussergerichtlichen Eyde nur die Contrahenten als handelnde Subjekte vorkommen, welche durch ihre Einwilligung Bestimmungen über ihre Befugnisse machen, tritt bey dem Eyde als Beweismittel der Richter als handelndes Subjekt noch hinzu, welcher durch den Eyd das Mittel erhalten soll, ohne welches er den Zwek seiner Bestimmung nicht erfüllen, den Rechtsstreit nicht entscheiden kann a).

V.

Aber doch behandeln die Gesetze die Eydeszuschiebung, auch wo sie als Beweismittel gebraucht wird, nach der Eigenschaft ei-

a) Andere Verschiedenheiten, z. B. wegen der Verbindlichkeit dessen, dem ein Eyd zugeschoben wurde, welche bey einem aussergerichtlichen Eyde nicht vorhanden ist, wohl aber bey einem gerichtlichen, setze ich als bekannt voraus, weil sie mit meinem Gegenstande nicht wesentlich in Verbindung stehen.

nes Vertrags, und leiten daraus viele Folgen ab! — Die Verbindlichkeit desjenigen, der einen zugeschobenen Eyd angenommen hat, daß er ihn nicht mehr zurückschieben darf — Daß der Deferent, wenn ihm der Eyd zurückgeschoben wird, sein Gewissen nicht mehr mit Beweisen vertreten darf, und den Eyd durchaus leisten muß — diese, und noch andere Folgen leitet das römische Recht aus der Natur eines Vergleichs ab, dem es Eydeszuschiebung und Erklärung des Gegners über sie allenthalben gleichstellt, und aus dieser Gleichstellung bestimmt es sogar die Qualitäten der Personen, welche einen Eyd zuschieben können, und die Qualitäten der Sache, worüber ein Eyd zugeschoben werden kann *a*).

Dieses alles beweist aber nicht mehr, als daß die Eydeszuschiebung etwas von der Natur oder vielmehr den Folgen der Verträge an sich hat, daß in die Eigenschaft eines Beweismittels etwas von Verträgen eingemischt ist, oder, wenn man so sagen darf, daß beyde Eigenschaften, die eines Vertrags und jene eines Beweismittels in ihr nebeneinander bestehen, und unter sich

a) L. 17. §. 1. und L. 35. §. 1. D. de Iureiur.

so in das Gleichgewicht gesezt werden müssen, wie es diese beyden vereinten Eigenschaften fodern [b]). Entwickle man doch alle in der Zuschiebung eines Eydes, als Beweismittel, liegenden rechtlichen Handlungen aus reinen Grundsätzen.

VI.

Die Entscheidung eines Rechtsstreits fodert, daß der zu entscheidende Fall mit dem von dem Gesetze gedachten Fall identisch sey; vor allem muß daher der Richter die Merkmale des Falls, den er entscheiden soll, genau kennen, und juristische Gewißheit über diese Merkmale haben, da er sonst die Reflexion über die Identität der in beyden Fällen enthaltenen Merkmale nicht machen kann. Sind also die Partheyen über die Merkmale des Falls, den der Richter entscheiden soll, nicht einig, so genügt die Reflexion des Richters nicht, sondern es müssen dem Richter Gründe angegeben werden, deren Resultat

b) Grolman §. 92. will sie gar nicht mehr als Vertrag, sondern nur als Beweismittel betrachten, allein die Gesetze, denen wir nun doch einmal folgen müssen, stimmen ihm nicht ganz bey, ob ich gleich zugestehe, daß die Eigenschaft eines Beweismittels im Collisionsfalle überwiegend sey.

die Ueberzeugung von der Wahrheit eines behaupteten factischen Umstands seyn kann; dieses heißt Beweisen a), die Gründe, woraus dieses Resultat fließen soll, sind Beweismittel, die Handlungen wodurch die Gründe in die Verhandlungen eines Rechtsstreits (Akten) kommen, machen die Beweisführung, und der Inbegriff aller Handlungen, welche darauf sich beziehen, das Beweisverfahren aus.

Jedes Beweismittel ist demnach in der Wirksamkeit bedingt durch seinen Zweck, und die Willkühr der Partheyen ist beschränkt durch die Möglichkeit, daß der Richter die Wahrheit des streitigen factischen Umstands (Beweisthema) als das Resultat des Beweismittels betrachten könne. Dies drückt der Satz aus: Iudici fit probatio. Niemals können daher die Partheyen dem Richter einen ganz unfähigen (absolute inhabilis) Zeugen aufdringen, niemals fodern, daß er nach der Aussage eines Zeugen urtheile, in dessen Antworten nichts über das Beweisthema enthalten ist.

a) Grolman §. 79.

Es ist daraus sichtbar, daß die Festsetzung dessen, was zu beweisen ist, einen Theil des Urtheils ausmacht, folglich ausschliesend zur Sphäre des Richters gehört, und von der Willkühr der Partheyen keineswegs abhängt.

Die durch den Zweck bedingte Krafft eines jeden Beweismittels beschränkt demnach die Willkühr der Partheyen in diesen zwey Stücken, 1) daß nur jene Umstände den Gegenstand des Beweises (Beweisthema) ausmachen können, deren Wahrheit den Richter in den Stand sezt, den Ausspruch über die Identität der Merkmale beyder Fälle, des unter den Partheyen streitigen und des im Gesetze bestimmten, zu thun; 2) daß nur jene Mittel bey dem Beweise zuläßig sind, wodurch das Beweisthema als wahr dargestellt werden kann.

An beyden Stücken kann durch die Partheyen nichts abgeändert werden, der Richter ist berechtiget und verbunden, Umstände und Mittel, wodurch die Richtigkeit des zu erweisenden Factums nicht hergestellt werden kann, sogleich zu verwerfen, und die Partheyen im Gebrauche der Mittel so zu leiten, wie es der Zweck

aller Beweisführung fodert. Darum kann und muß der Richter bey dem Zeugenbeweise unerhebliche oder sonst unzuläßige Artikel und Fragstücke von Amtswegen verwerfen, ohne daß hierdurch die Partheyen ein neues Recht zur gänzlichen Veränderung der Beweisführung erhielten.

VII.

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf den zugeschobenen Eyd als Beweismittel an, so ergiebt sich die Folge von selbst, daß der Richter nicht nur berechtigt, sondern verbunden ist, die Vollführung des Beweises durch einen Eyd auf eine Weise zu leiten, wie sie erfodert wird, damit der Zwek erreicht, und der Richter von der Wahrheit des streitigen Factums überzeugt werden könne.

Der Richter kann und muß daher an der Eydeszuschiebung von Amtswegen alle erhebliche Mängel verbessern; wenn sie nämlich auf unerhebliche, oder nicht auf alle erhebliche Umstände gerichtet, wenn sie dunkel, zweydeutig oder verfänglich oder sonst mangelhaft gewesen, so muß sie der Richter, so wie es die Ak-

ten und der Beweissatz fodern, verbessern *). Die Natur der Sache, und die schon oben (§. I.) angeführten Gesetze beweisen diese Grundsätze.

VIII.

Auch zu jeder Zeit ist der Richter zu solchen wesentlichen Verbesserungen berechtigt und verbunden, der zugeschobene Eyd mag schon acceptirt seyn, oder nicht, weil in diesen Stücken die Willkühr der Partheyen keinen Spielraum hat (§. VI.), und weil die Partheyen durch ihre Handlungen, als Mittel betrachtet, mit dem Zwecke nicht in einen Widerspruch sich setzen können.

Sehr bestimmt drükt sich das römische Recht darüber in den Worten aus: „Non semper „autem consonans est per omnia referri jusju„randum, quale defertur: forsitan ex diver„sitate rerum vel personarum quibusdam „emergentibus, quae varietatem inducunt: „ideoque si quid talc inciderit, officio judi„cis conceptio huiuscemodi iurisjurandi ter-

*) Danz §. 373. und die von ihm angeführten Rechtslehrer.

minetur" a). In dieser Stelle wird von keinem Streit über die Eydesformel gehandelt, und doch dem Richter zur Verbindlichkeit gemacht, die Eydesformel von Amtswegen auch da zu berichtigen, wo sich der andere Theil über die Eydeszuschiebung schon erklärt, und den Eyd zurükgeschoben hatte.

IX.

Doch haben die Gesetze nicht entschieden, ob bey einer vom Richter veränderten, oder vielmehr berichtigten Eydesformel nicht jener von den streitenden Theilen, dem an der Veränderung liegt, seine Erklärung über den Beweis durch Eyd, also der Deferent die Zuschiebung, oder sein Gegentheil die Annahme oder Zurückschiebung des Eydes zurüknehmen könne? Auch diese Frage soll beantwortet werden.

Einigen Grund könnte man schon aus dem Stillschweigen der Gesetze wider diese Zurüknahme ableiten, denn sie können diese nicht billigen,

a) L. 34. §. 8. D. de iureiur. was Albrecht a. a. O. Seite 146. der Form nach als Worte des Gesetzes anführt, ist nur die Meynung von Stryk, welche dieser Schriftsteller mit dem nämlichen Gesetze belegt.

wenn sie die Berichtigung der Eydesformel dem Richter übertragen, ohne von einer so weitaussehenden Folge etwas zu melden. Allein diese Antwort würde immer noch einigen Zweifel zurüklassen, und wenigstens könnte das Gesetz als unzwekmäsig angefochten werden; ich muß also, um eine ganz befriedigende Antwort zu geben, in die Natur der Sache selbst zurükgehen.

X.

Für die Macht eines der beyden streitenden Theile, wegen veränderter Eydesformel seine über den Eyd abgelegte Erklärung zurückzunehmen, könnte man dieses anführen: Die Erklärung der streitenden Theile ist nur bedingt durch die Umstände, welche in der Eydeszuschiebung enthalten waren; werden diese abgeändert, so hört diese Bedingniß auf, unter welcher die Erklärung abgegeben wurde, jeder von beyden Theilen kann demnach seine Erklärung als ungeschehen betrachten, folglich der Deferent die Zuschiebung, und sein Gegner die Annahme des Eydes oder dessen Zurückschiebung zurücknehmen; kurz, die Erklärung beyder Theile ist ein bedingter Vertrag, und für jeden Theil unverbindlich, sobald die Bedingniß nicht in Erfüllung übergeht.

Allein ich finde diese Darstellung gar nicht richtig, sie hat den Fehler, daß die Eydeszuschiebung nur als Vertrag, abgesehen von der Eigenschaft eines Beweismittels, behandelt, und dadurch der Gesichtspunkt ganz verrükt wird, aus welchem die Sache eigentlich betrachtet werden muß.

XI.

Die Handlung des Deferenten, als eine einseitige Handlung kann nicht als Vertrag beurtheilt werden, sie ist bloße Antretung des Beweises. Zwar widerlegt dieses den vorgetragenen Einwurf nicht, weil man immer noch sagen kann, daß eine bedingte Erklärung nur unter eben der Bedingniß, die man ihr beyfügte, Rechte hervorbringen kann; Aber doch entscheidet der Satz, daß seine Eydeszuschiebung zunächst eine Antretung des Beweises ist. Er kann also mit dieser Antretung keine Einschränkung verbinden, welche mit dem Zwecke des Beweises im Widerspruch steht, sondern vielmehr muß die Beweisantretung so verstanden, und so ausgelegt werden, daß durch sie der Zwek alles Beweisverfahrens erreicht, und dem

Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit eines bestrittenen Factums verschaft werde. Jede Eydeszuschiebung kann also nur als eine unbedingte Erklärung über das Mittel, den Beweis herzustellen, angesehen werden, und der Deferent hat sich vorhinein allem demjenigen unterworfen, was die Natur dieses Beweismittels fodert. Durch welches Mittel er den Beweis herstellen wolle, ob durch Zeugen oder durch Eydeszuschiebung, dies hängt von der Willkühr der Partheyen ab, aber wie der Beweis durch ein bestimmtes Mittel in einer bestimmten Rechtssache hergestellt werden könne, und worauf der Beweis zu richten sey, dies ist eine Sache der Reflexion, dies gehört zur Beurtheilung des Richters. Ist es daher im Ganzen von der Willkühr der Partheyen nicht abhängig, so ist es auch kein Gegenstand eines Vorbehalts oder einer Bedingniß, welche der Eydeszuschiebung beygefügt werden kann. Durchaus darf also Eydeszuschiebung nicht als beschränkt auf die vom Deferenten ausgezeichneten Umstände, nicht als eine bedingte Erklärung angesehen werden, sobald nach dem Zwecke alles Beweises diese Umstände dem Richter die zur Entscheidung des Rechtsstreits nöthige Ueberzeugung nicht verschaffen können.

Wenn auch der Deferent die Eydesformel übergeben darf, so ist dies dennoch eines Theils nur zufällig und in sehr vielen Streitigkeiten unterlassen es die Partheyen, andern Theils ist diese Eydesformel nur als eine Handlung anzusehen, wodurch der Deferent in Rükſicht des Beweiſes durch Eyd ſeine Rechte vertheidigt, wie ſchon daraus ſichtbar iſt, daß über die Zuläßigkeit der Eydesformel unter den Partheyen öfters ein Streit ſich erhebt, der eine Entſcheidung des Richters fodert.

XII.

Gleiche Grundſätze gelten auch für die rechtliche Auslegung der Erklärung, welche der, dem ein Eyd zugeſchoben wurde, von ſich gegeben hat. Er willigt zuerſt ein, daß der Eyd als Beweismittel gebraucht werde, er unterwirft ſich alſo Allem dem, ohne was durch den Eyd der Beweis nicht hergeſtellt werden kann. Hierauf erklärt er ſich, ob er den Eyd abſchwören wolle (acceptatio), oder ob der Gegner, welcher den Eyd zugeſchoben hat, ihn abſchwören ſolle (relatio juramenti). Der Gegenſtand des Eydes iſt von ſeiner, wie von Seite des Deferenten, ſchon durch den Gegenſtand des Streits beſtimmt,

denn nicht mehr und nicht weniger, als was zum Beweissatze gehört, und einen wesentlichen Gegenstand desselben ausmacht, kann und muß der Gegenstand eines Beweismittels seyn.

Hat er demnach den Eyd angenommen oder zurükgeschoben, so hat er eine vom Gegenstand des Eydes unabhängige Erklärung von sich gegeben, und kann diese nicht mehr unter dem Vorwand einer vom Richter vorgenommenen Verbesserung der Eydesformel zurüknehmen, um da weniger, als der Richter die Verbesserungen nur nach den Akten, nur zur Beförderung des Zweks alles Beweisverfahrens, vornehmen kann, wodurch den Partheyen immer nur genüzt, niemals geschadet werden kann.

XIII.

Willkührlich darf der Richter hiebey nicht handeln, er muß sich alles Eingriffs in die Rechte der Partheyen enthalten, und er darf keine andere Verbesserung vornehmen, als der Beweissatz in dem streitigen Thatumstand, worüber der Eyd zugeschoben wurde, erfodert.

Sollte aber der Richter bey Abänderung der Eydesformel etwas gethan haben, was ein Theil

als Verletzung seiner Rechte ansieht, so muß dieser seine Zuständigkeiten gegen die Abänderung ausführen, und wenn der Richter seine Einreden verwirft, so kann dagegen, wie gegen ein jedes Urtheil ein Rechtsmittel ergriffen werden; aber man ist auch in diesem Fall nicht berechtigt, die Zuschiebung, Annahme oder Zurükschiebung eines Eydes als unverbindlich anzusehen, und eigenmächtig zurükzunehmen.

XIV.

In dem einzigen Falle behauptet Grolman *), daß der Eyd über Umstände deferirt werden kann, deren Wahrheit den Beweissatz unerwiesen läßt, wenn die beweisführende Parthey ihren ganzen Beweis von dieser Wahrheit abhängig machen will. Ich pflichte zwar seiner Meynung im Ganzen bey; allein man muß diesen Fall aus dem wahren Gesichtspunkt betrachten, um nicht durch ihn irre geführt zu werden.

Auch eine, bey Gericht anhängige Streitsache kann von den Partheyen durch einen Vergleich geendigt werden, und unter die Arten solcher Vergleiche gehört auch ein, auf die Be-

*) a. a. O. §. 93.

dingniß eines Eydes, abgeschlossener Vergleich. Aber er verliehrt in dieser Eigenschaft ganz und gar die Natur eines Beweises, und gehet in einen aussergerichtlichen Eyd über, von dem er sich durch nichts, als den Ort, wo der Transact zu Stande kam, unterscheidet §. III.), er darf aber schlechterdings nicht als Beweis, sondern er muß blos als Vergleich behandelt werden. Ein Beweis, der den Beweissatz nicht in sich faßt, ist mit sich selbst im Widerspruch, man kann also nicht sagen, daß in dem gegebenen Falle der Beweis von dem Eyde abhängig gemacht wurde, sondern hier ist, wie bey dem aussergerichtlichen Eyde dies die Wesenheit ausmacht, das Recht selbst vom Vertrage abhängig, von welchem der Eyd einen Bestandtheil ausmacht, aber eben deßhalb von der Eigenschaft eines Beweismittels gar nichts an sich trägt.

XV.

Eben dieser Gesichtspunkt gibt uns an, wie das übrige Verfahren bey einer solchen Erklärung des Beweisführers, wie sie Grolman unterstellt, einzurichten ist. Dasselbe hat gar nichts vor Beweisführung an sich, es bringt auf Sei-

te dessen, dem ein solcher Eyd im uneigentlichen Sinne zugeschoben wurde, keine Verbindlichkeit hervor, sich darüber zu erklären, und den Eyd anzunehmen, zurükzuschieben oder sein Gewissen mit Beweisen zu vertreten; sondern der Richter muß es, wie einen jeden Antrag zum Vergleiche, behandeln; weßhalb auch, wenn die Partheyen sich über einen solchen Eyd vereinigen, und der Eyd, sollte es auch bey Gericht seyn, abgeschworen worden, der Richter kein Urtheil gibt, sondern den Schluß, wie bey einem vor Gericht zustand gekommenen Vergleiche, faßt.

XXI.

Von der Akteneinsicht während des Beweisverfahrens.

I.

Wer immer bey einem Rechtsstreit hinreichendes Interesse bescheinigen kann, dem darf die Akteneinsicht als ein Mittel, seine Rechte zu vertheidigen, nicht abgeschlagen werden. Man pflegt darum in einer besondern Vorstellung zu bitten, worin man vorzüglich sein Interesse zu bescheinigen sucht, der Richter prüft, ob man Grund habe die Akteneinsicht zu begehren, ob gegen das Gesuch kein erheblicher Anstand obwalte, und wenn der Richter keinen Zweifel dabey findet, so wird dem Supplikanten die Akteneinsicht durch ein Dekret bewilligt. Die Akten werden ihm in Anwesenheit des Aktuars, bey höhern Gerichten in der Kanzley zur Einsicht vor-

gelegt, aber es ist keinem Richter zu verzeihen, wenn er die Akten statt der Einsicht der Parthey oder ihrem Anwalt in das Haus schikt, wenn auch der Gerichtsdiener bey einer solchen Akten-einsicht bleiben sollte. Es kann auch keinem, der Akteneinsicht erhalten hat, verwehrt seyn, Auszüge daraus zu fertigen.

II.

Dennoch können Fälle vorkommen, wo der Richter nicht ohne Einschränkung die Akteneinsicht verstatten darf. Ich will besonders den Fall hier auszeichnen, wenn während des Beweisverfahrens die Akteneinsicht begehrt wird. Bey dem Beweise durch Urkunden, Augenschein, Kunstverständige oder Eyd ist kein Grund vorhanden, die Regel aufzuheben, daß ein jeder Interessent, besonders einer der streitenden Theile, Akteneinsicht fodern kann.

Aber wenn ein Beweis durch Zeugen geführt wird, da scheint bey einer während des Beweisverfahrens gebethenen Akteneinsicht eine besondere Vorsicht in Verstattung derselben nothwendig zu seyn.

III.

Bey dem Zeugenbeweise hegen die Gesetze ein unbedingtes Mißtrauen, bald fürchten sie eine Collusion, bald eine Suggestion, bald eine Beschränkung der freyen Aeusserung, bald eine Subornation; aus allen Verordnungen der Gesetze leuchtet der Geist des Mißtrauens hervor. Sie befehlen aus diesem Grunde, daß alle Zeugen nach Entfernung der Partheyen, und nur Einer nach dem Andern vernommen werden soll, aus dieser Ursache muß jedem Zeugen das Stillschweigen über dasjenige, worüber er befragt wurde, und was er ausfagte, auferlegt werden, deßhalb muß der Richter die Aussagen bis zur Verkündung des Zeugenrotels geheim halten, und wer von beyden Theilen neue Zeugen oder Gegenzeugen aufführen will, muß gegen die Verkündung des Zeugenrotels protestiren. Sollten diese Verordnungen auf die Verstattung der Akteneinsicht bey dem Zeugenbeweise gar keinen Einfluß haben?

IV.

Gewiß muß der Richter in allen seinen Handlungen consequent seyn, und auch bey ihm muß Mißtrauen die Maxime seiner Handlungen in den

Fällen seyn, wo Mißtrauen die Maxime des Gesetzgebers ausmacht. Ich unterscheide daher, ob einer der streitenden Theile, oder ob ein Dritter, der ein Interesse an der Sache beschei, nigen kann, die Akteneinsicht verlangt.

Dem lezten kann man die Einsicht der Akten, jedoch nur mit Ausnahme der noch nicht verkündeten Zeugenaussagen, nicht abschlagen, aber diese lezten sind ihm auch niemals vor Eröff. nung des Rotulus zur Einsicht vorzulegen, weil man nicht wissen kann, ob nicht daraus eine Subornation der Zeugen oder ein anderer Nachtheil entsteht, welchen die Gesetze durch das Gebot der Geheimhaltung zu vermeiden suchten, und weil hier gar kein Mittel vorhanden ist, diesen Schaden abzuwenden.

V.

Bittet hingegen einer der streitenden Theile um Einsicht der Akten, so gilt freylich auch bey ihm die Regel, daß die Zeugenaussagen vor Eröffnung des Zeugenrotels geheim gehalten werden sollen. Allein es lassen sich bey den streitenden Theilen Mittel auffinden, wodurch die Absicht des Gesetzes auch vor Eröffnung der Zeugnisse erreicht, alle Gefahr der Subornation der Zeu-

gen vermieden, folglich die Akteneinsicht verwilligt werden kann.

Wenn nämlich derjenige Theil, welcher um Akteneinsicht bittet, auf Vorführung anderer Zeugen oder Gegenzeugen Verzicht leistet, so versezt er sich selbst in eben jene Lage, in welcher er sich durch Eröffnung des Zeugenrotels befunden hätte. So gut er nun durch die Eröffnung den Inhalt der Zeugenaussagen erfahren hätte, so gut darf er ihm auch durch die Aktenseinsicht bekannt werden. Daß übrigens eine solche Einsicht dem Rechte des andern Theils nicht präjudicire, folgt daraus, weil ein jeder Verzicht nur jenem, der ihn leistet, aber keinem Dritten schaden kann.

VI.

Auch auf das peinliche Verfahren erstrecken sich diese, über Akteneinsicht vorgetragenen Grundsätze, und so viele Vorsicht man anwendet, um durch eine unzeitige Einsicht der Akten dem Inquisiten keine Gelegenheit zu verschaffen, wodurch er die Untersuchung vereiteln könnte, eben so viel, ja noch mehr Vorsicht ist nothwendig, damit nicht dem Inquisiten eine grosse Gefahr des höchsten Unrechts durch eine, dem Damni-

ficaten zur Unzeit verstattete Akteneinsicht bereitet werde. Wie oft hat nicht Kabale einen Menschen bestrikt, wie oft fodert nicht die Ehre verbundener in der Freyheit herumwandelnder Schurken den Untergang eines Menschen, und wie leicht kann es solchen Personen werden, die Akteneinsicht als ein Mittel zur Befriedigung ihrer Leidenschaften zu mißbrauchen! Sie dürfen nur die Zeugenaussagen einsehen, um die Blösen ihrer Denuntiation zu kennen, und auf Mittel zu denken, wodurch sie den Untergang eines Menschen vollenden können, den die Kabale einmal bestrikt hat. Hier ist Vorsicht oft noch nöthiger, als bey dem Inquisiten, da dieser im Arreste sitzt, und bey weitem die Mittel zu einem Mißbrauch nicht hat, welche oft einem in der Freyheit herumgehenden Damnificaten zu Gebothe stehen.

Ich hoffe Vergebung für diese Ausschweifung in den peinlichen Prozeß, den ich zur Sphäre des gemeinen Prozesses nicht ziehen will (VII. Abh.). Allein es giebt im peinlichen Verfahren manche Fälle, wo man die Grundsätze aus dem gemeinen Prozesse entlehnt, und die Akteneinsicht scheint mir ein solcher Gegenstand zu seyn.

XXII.

Nähere Bestimmung des Begriffs eines Inhäsivbescheids, zur Beantwortung der Frage: Ob gegen einen Inhäsivbescheid die Appellation unzuläßig sey?

I.

Daß ein Inhäsivbescheid keine Appellation zuläßt, ist ein im Munde der Praktiker sehr geläufiger Satz, welcher aber nicht anders, als mit grosser Vorsicht gebraucht werden muß, wenn er nicht auf Abwege führen soll. Ich will erst einen Fall zur Versinnlichung der Sache vortragen, und hierauf die rechtliche Erörterung der Sache folgen lassen.

II.

Eine Gemeinde brachte unter zehen verschiedenen, zu einem possessorischen Rechtsstreit zum Theil gar nicht geeigenschafteten Klagpunkten, welche aber alle in einem Libelle cumulirt waren,

auch die Beschwerde vor, sie habe das Recht gewisse Waldungen zu behüten, der Forstmeister wolle sie nur aus Gnade in den für das laufende Jahr hurhbaren Distrikt einweisen, und hierdurch sey sie in ihrem Besitze gestöhrt.

Diese Klage wurde ad excipiendum mitgetheilt, dem Mittheilungsbescheide aber die Verordnung angehängt, daß bis auf weitere Verfügung des Richters der beklagte Theil die Gemeinde in der Ausübung der Huth nicht hindere, und sich aller Pfandungen und Strafen gegen die klagende Gemeinde in Rücksicht dieser Huth enthalte.

III.

Der Anwalt des Beklagten hielt sich zuerst an die Temporalinhibition; er belegte es durch Protokolle des Forstamts, daß seit mehreren Jahren die Glieder dieser Gemeinde nur aus Gnade in die Huth auf einem Walddistrikte, wo es den Grundsätzen einer guten Forstöconomie angemessen ist, eingewiesen worden seyen, er verband damit die Erklärung, daß man sie in der nämlichen Art einweisen wolle, und zeigte, daß die Temporalinhibition nicht nur allein

dem Beklagten einen unübersehbaren und unersezlichen Schaden verursache, da durch sie die klagende Gemeinde zum Herrn des Walds gemacht und die Erhaltung des dem Ganzen wichtigen Waldstands von ihrer Willkühr abhängig würde, sondern er zeigte auch, daß die Temporalinhibition die Rechte des Beklagten verletze; indem 1) bey der geschehenen Cumulation zehen verschiedener, zum summarischen possessorischen Prozesse zum Theil nicht qualificirter Klagen nur jene Prozeßart eintreten könne, zu welcher alle cumulirte Klagen geeigenschaftet sind, welches hier der ordentliche Prozeß sey, dieser Prozeßart aber eine solche Inhibition gar nicht anpasse. 2) Der Satz lite pendente nihil innovandum sey Gesetz für beyde Theile, er hindere zwar den Beklagten, Neuerungen vorzunehmen, aber er gebe ihm auch ein Recht darauf, daß alles in dem Zustand gelassen werde, wie er vor dem Ausbruch des Rechtsstreits war. 3) Bezog sich der Anwalt des Beklagten auf seine beygebrachten Bescheinigungen, nach deren deutlichem Inhalt die Kläger nur aus Gnade in die Huth eingewiesen wurden, woraus folge, daß jede, ohne Einweisung gewagte, Behüthung des Walds ein Forstfrevel sey, gegen

welchen Pfandungen und die in den Landesgeſetzen zur Erhaltung des Waldsſtands feſtgeſetzten Strafen ſtatt finden. Aus dieſen Gründen wurde die Unſtatthaftigkeit der dem Mittheilungsbeſcheide angehängten Temporalinhibition dargethan, und nicht nur um deren Zurüknahme gebethen, ſondern aus eben dieſen Gründen der Schluß gezogen, daß dieſe Inhibition den Beſitz des Beklagten ſtöhre, ſomit ein Spolium ſey, welches, da es ſogleich beſcheinigt wurde, den Beklagten von aller Einlaſſung auf die Klage befreye, weßhalb auch der Anwalt des Beklagten auf die Klage ſich gar nicht einließ.

IV.

Vom Richter wurde dieſer Schriftſatz der klagenden Gemeinde zur Vernehmlaſſung mitgetheilt, aber den Beklagten zu gleicher Zeit, ſich in vierzehen Tagen auf die Klage einzulaſſen, auferlegt, und ſein Geſuch um Aufhebung der Temporalinhibition abgeſchlagen. Einigen Widerſpruch enthält es, daß der Antrag des Beklagten in einer Verfügung weitern Verhandlungen ausgeſezt, und zu gleicher Zeit in einer andern Verfügung vom nämlichen Tage verworfen

wurde; indessen thut dieses Versehen nichts zu der Sache, von der ich rede, nämlich zur Lehre von Inhäsivbescheiden.

V.

Gegen diese Verfügung interponirte der Anwalt des Beklagten die Appellation, und beobachtete alle Fatalien, der Richter deferirte auch der Appellation aus Respekt gegen den Oberrichter, aber mit dem Anhang, daß der Appellant, wenn er durch die Inhibition beschwert zu seyn geglaubt habe, sein Rechtsmittel schon zu der Zeit, wo sie erkannt wurde, und nicht erst izt hätte interponiren sollen, da der letzte Bescheid nichts als ein Inhäsivbescheid sey. Somit kam es auf einen richtigen Begriff eines Inhäsivbescheids und auf reine Grundsätze darüber an, inwieferne gegen einen Inhäsivbescheid die Appellation zuläßig sey.

VI.

Kein Gesetz ist vorhanden, welches von der Zahl der in einer Sache ergangenen Verfügungen des Richters Rechte ableitete. Zwar reden die römischen Gesetze von Unzuläßigkeit der Appel-

lation gegen drey übereinstimmende Urtheile a); allein dies ist nichts als eine Beschränkung der Rechtsmittel, und hat in der Zahl der Verfügungen eines Richters so wenig Grund, daß wenn ein Richter zehn gleiche Verfügungen in einem Tage erläßt, dadurch die Befugniß, zu appelliren, gar nicht verändert wird.

Man muß daher die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Appellation gegen Inhäsivbescheide aus andern Grundsätzen bestimmen.

VII.

Alles wird auf den Unterschied ankommen, ob der vorige Bescheid, auf welchen der Richter in dem neuen Bescheide besteht (inhärirt), ein simples Dekret auf einseitige Vorstellung war, oder ob der vorige Bescheid die Eigenschaft eines Urtheils an sich trägt, weil er gefällt wurde, nachdem beyde Theile mit ihren Gründen gehört waren. Im ersten Fall glaube ich, daß eine Appellation zulässig sey, ohne daß die Qualität eines Inhäsivbescheids entgegen steht; aber im

a) Daß die Reichsgerichte auf diese Verordnung keine Rükksicht nehmen, ist bekannt. S. Tafinger Instit. Iurispr. Camer. §. 636.

letzten Falle halte ich eine Appellation für unzulässig; von jedem Falle sollen die Gründe besonders erörtert werden.

VIII.

War der vorige Bescheid auf einseitige Vorstellungen erlassen, ehe noch jener, wider welchen er ergieng, mit seiner Vertheidigung zugelassen war (Decretum simplex): so kann derselbe in Rechtskraft nicht übergehen, ja es findet gegen ihn keine Appellation statt, ehe der dabey verlezte Theil mit seinen Einreden gegen das Dekret aufgetreten, und über diese Einreden vom Richter erkannt ist a). Wenn er also Einreden vorbrachte, so tritt erst mit dem Urtheil über diese Einreden der Fall einer solchen Rechtsverletzung ein, welche nur durch ein Rechtsmittel abgewendet werden kann.

Man hat hier im rechtlichen Sinn gar keinen Inhäsivbescheid; denn die erste Verfügung des Richters war ein simples Dekret, die lezte ist ein Urtheil, es sind also keine zwey gleichartige Verfügungen vorhanden, und man kann von einem wahren Inhäsivbescheide nicht reden.

a) Siehe die Abhandl. oben Nro. VI. §. 22 — 24.

Daß öfters die lezte Verfügung des Richters, welche erst ein eigentliches Urtheil ist, in der Form eines Dekrets ausgefertigt wird, ändert nichts an den wesentlichen Bestimmungen der Sache, da der gemeine Prozeß unter den beyden Arten, Urtheile den Partheyen bekannt zu machen, auch diese kennt, daß den Partheyen das Urtheil des Richters in bloser Dekretform zugestellt wird, ohne daß es die wesentlichen, aus dem Begriffe eines Urtheils abgeleiten Folgen abändern kann [b]).

IX.

Aus ganz andern Gründen muß man aber den zweyten Fall beurtheilen, wenn der vorige Bescheid, dem der Richter in einem neuen Bescheide blos inhärirt, ein Urtheil war, welches der Richter nach vorausgegangener Vertheidigung der Rechte beyder Theile gab. Wenn ich aber hiegegen eine Appellation auch für unzulässig halte, so kann ich doch dazu den Grund blos in der Natur eines Inhäsivbescheides schlechterdings nicht finden.

b) Vergl. meine Erörter. S. 62.

Wenn der Richter die Appellation gegen ein Urtheil durch einen neuen Bescheid verwirft, so ist dies doch unstreitig ein Inhäsivbescheid, und doch hat durch einen Schluß des vollen Raths das kaiserliche Reichskammergericht schon am 16. Februar 1715. bestimmt, daß ad effectum obtinendorum processuum nicht nöthig sey, a rejecta appellatione denuo zu appelliren a). Man muß also die Sache aus andern Gründen entscheiden.

X.

In diesem Falle kömmt es nun vordersamst auf den Unterschied an, ob das vorige Urtheil, worauf der Richter dermalen besteht, schon in Rechtskraft übergegangen ist, oder nicht.

Im ersten Falle wird es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß von einem Rechtsmittel izt keine Rede seyn könne, denn dasjenige, was eigentlich angefochten werden muß, ist nicht der Inhäsivbescheid, sondern das vorhergehende Urtheil, und dieses ist in Rechtskraft übergegangen. Allein aus eben diesem Grunde wird es jedem einleuchten, daß die Ursache der unzulä-

a) Sehe Balemanns Visitationsschlüsse. S. 259.

ßigen Appellation nicht in dem Daseyn eines Inhäsivbescheids ruht, sondern vielmehr darin, daß die Sache schon rechtskräftig entschieden ist, und der Inhäsivbescheid nichts Neues verfügt, sondern nur jenes wiederhohlt, was schon rechtskräftig ist.

XI.

Sollte aber der zweyte Fall eintreten, daß zu der Zeit, wo der Inhäsivbescheid erfolgt, das Urtheil, worauf er sich bezieht, noch nicht rechtskräftig ist, so steht der Zulässigkeit der Appellation weder die Natur eines Inhäsivbescheids an sich (§. VI. u. IX.), noch die Rechtskraft des vorhergehenden Urtheils (§. X.) entgegen. Nur durch einen andern besonders hinzutretenden Grund kann demnach in dieser Lage eine Appellation unzulaßig werden.

Dieser äussere Grund kann aber nur darin liegen, daß jener, welcher nun appelliren will, bey dem Richter, der das Urtheil gab, eine Handlung vornahm, welche mit einer Appellation in einem offenbaren Widerspruch steht; denn nur durch eine solche Handlung leistet er stillschweigenden Verzicht auf die Appellation,

und kann wegen diesem Verzichte keine Appellation mehr ergreifen, wenn der Richter ihm nunmehr auf seine bey ihm übergebene Handlung einen Inhäsivbescheid giebt. Ausser diesem Fall aber, oder wo in der bey dem Richter unternommenen Handlung kein Verzicht auf die Appellation enthalten ist, steht ihrer Zulässigkeit nichts im Wege a).

XII.

Es mag nun entweder wegen unterlassenem Gebrauche eines Rechtsmittels oder wegen einem stillschweigenden Verzichte das erste Urtheil rechtskräftig und eine Appellation unzulässig worden seyn, so tritt dennoch diese Wirkung nur insoweit ein, als vollkommene Identität des Streitgegenstands, der streitenden Theile und der Prozeßart vorhanden ist. Daher kann

1) nur unter jenen der Inhäsivbescheid etwas

a) Sehr schön hat die Lehre vom stillschweigenden Verzicht auf die Appellation behandelt G. L. Böhmer, de appellat. interpositae renunciat. §. 9—11. in s. Electis juris civ. Bd. I. S. 418. Mehlen über die Appellation und andere Impugnationsmittel gegen richterliche Erkenntnisse. (Berlin, 1791. 8.) §. 30.

wirken, welche aus dem vorigen Urtheil ein Recht haben.

2) Vom Verluste eines Rechtsmittels gilt kein Schluß auf andere; wenn man auch nicht mehr appelliren kann, so ist darum die Nullitätsklage oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht verlohren.

3) Selbst ein Rechtsmittel gehet nur insoweit verlohren, als es gebraucht wurde, oder werden konnte; daher kann man mehrmals, und so oft man neue Umstände entdekt, um Restitution bitten, ohne durch einen Inhäsivbescheid daran verhindert zu seyn a).

4) Im Petitorium kann jenes nicht als ein vorhergehendes rechtskräftiges Urtheil angesehen, und dem Rechtsmittel gegen das neue Erkenntniß nachtheilig werden, was im possessorischen Rechtsstreit geurtheilt worden.

5) Eben dies gilt vom Executivprozesse in Rüksicht auf das ordentliche Verfahren, in welchem die Klage oder eine Einrede besonders auszutragen, vorbehalten wurde.

a) Danz §. 436. Hanzely Anleit. z. Reichshofr. Prax. §. 1323.

XXIII.

Von den Wirkungen einer Widerklage auf die Klage in Rükſicht der Prozeßkoſten.

I.

Eine Widerklage, wenn ſie auch die Wirkung der gemeinſamen Ausführung in dem nämlichen Prozeſſe (effectus ſimultanei proceſſus) hat, muß in den Materialien als ein beſonderer Rechtsſtreit beurtheilt werden. Nur in einer Rükſicht kann die Widerklage auf die Klage bey der Beurtheilung *) einen vorzüglichen Einfluß haben, nämlich in Rükſicht auf die Prozeßkoſten.

Beyde Prozeſſe werden neben und miteinander verhandelt, der Regel nach ſind alſo die Koſten für Verhandlung der Klage jenen der Widerklage gleich; wenn demnach in einer jeden

*) Von dem Falle, wenn eine von beyden die andere vorbereitet, rede ich hier nicht.

ein anderer streitender Theil unterliegt, also der Kläger in der Klage, der Beklagte und Widerkläger aber in der Widerklage ein günstiges Urtheil erhält, so müssen die Unkosten compensirt werden, nicht weil jeder Theil einmal unterliegt, sondern weil jeder in die Kosten hätte verurtheilt werden müßen, also die Kosten sich von selbst compensiren, keineswegs aber wegen der zweifelhaften Sache gegeneinander aufgehoben werden. Sollte daher eine von beyden, die Klage oder Widerklage wegen nöthigen Commissionen u. d. einen ungleich grössern Aufwand erfodert haben, so werden die Kosten mit Ausnahme des zu benennenden grössern Aufwands, in dessen Erstattung der in dieser Sache unterliegende Theil verurtheilt wird, compensirt.

II.

Unter zwey Neugeehlichten konnte der Beyschlaf wegen der phisischen Beschaffenheit der Frau nicht vollbracht werden, die Frau weigerte sich auch im Anfang, und der Mann wollte seine Rechte mit einigem Ernste behaupten. Er klagte auf Erklärung, daß die Ehe null und nichtig sey, und bey den darüber gepflogenen Verhandlungen, ließ die Frau vorkommen, durch die Behand-

lung, welche ihr Mann in den ersten Tagen nach der priesterlichen Trauung gegen sie sich erlaubt habe, sey ihre Abneigung gegen ihn so groß worden, daß sie von Tisch und Bett von ihm geschieden zu werden verlangte.

Im Punkt der Klage wurde durch ein Elogium der Aerzte bewiesen, daß der Beyschlaf schwer aber nicht unmöglich sey, besonders wenn beyde Theile gleichen guten Willen bezeigen würden. Daß also auf Nichtigkeit der Ehe nicht erkannt werden könne, war offenbar.

Aber auch der Antrag der Frau auf Separation von Tisch und Bett war auf so seichte Gründe gebaut, daß auch sie damit abgewiesen werden mußte.

Beyde Ansprüche waren in einem Prozesse mit einander verhandelt, im Punkt der Klage mußte gegen den Mann, im Punkt der Widerklage gegen die Frau erkannt werden, und ohne ein grosses Unrecht zu begehen, konnte keiner von beyden Theilen in die Kosten veurtheilt werden.

XXIV.

Ein Beytrag zur Lehre von Veränderung und Verbesserung der Klage, durch einen merkwürdigen Rechtsfall erläutert.

I.

Durch den bekannten Rechtsstreit der Frau von Goue gegen den Herrn Generallieutenant von Rhetz, treulose Verwaltung eines vormundschaftlichen Vermögens betreffend, worüber in öffentlichen Schriften soviel gesagt wurde a), hat die Lehre von Abänderung der Klage ein grosses Interesse erhalten. Schon die römischen Gesetze enthalten darüber Verordnungen, nur muß man beklagen, daß die römische Formularjurisprudenz und die Vergleichung der litisconteStation mit einem Kontrakte in ihre Verordnungen

a) Vergleiche Reuß Staatskanzley Th. 8. S. 421. und dessen Beyträge zur Reichsgerichtl. Verfassung und Praxis. Bd. I. S. 358.

Einfluß hatten. Aus diesen Ursachen bestimmte das strenge Recht (strictum jus) diese Litiscontestation als den Termin der Verbesserung und Abänderung der Klage, nur durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand konnte der Kläger nach der Kriegsbefestigung die Erlaubniß erhalten, seine Klage zu verändern oder zu verbessern *b*).

II.

Zum Glüke brauchen wir zu so einer Sache keine grosse Unterstützung aus positiven Gesetzen, wo die Natur der Sache, wenn wir derselben getreu folgen, uns sicher leitet.

Sobald einmal ein Prozeß unter zwey streitenden Theilen anhängig ist, so kann dieser Rechtsstreit nur so lange als ein Streit gedacht werden, so lange die nämlichen Merkmale des Rechtsstreits vorhanden sind. Werden diese verändert, so ist es nicht mehr der vorige Rechts-

b) Vergl. Fleck de discrimine inter mutationem et emendationem libelli jure romano et saxonico. Leipzig, 1790. Cap. 1. wo auch der §. 34. und 35. J. de action. sehr gut erläutert, aber ausserdem wenig ausserhalb Sachsen brauchbares vorgetragen ist.

streit, sondern ein neuer, bey welchem eine neue Klage und neue Verhandlungen als die nothwendige Bedingung zur Erreichung des Zwecks, der richterlichen Entscheidung, vorhanden seyn müssen. Ein jeder streitender Theil berechnet die Gründe zur Vertheidigung des Seinen auf diese Merkmale, es würde daher ein Eingriff in vollkommene Rechte seyn, wenn ein streitender die Verhandlungen seines Gegners auf einen andern Rechtsstreit ziehen wollte, als für den sie gepflogen wurden.

Diese Grundsätze sind aus dem Verhältnisse abgeleitet, in welchem ein streitender Theil zum andern steht, sie sind daher für beyde Theile gleichgültig, und es ist Irrthum, wenn man sie nur auf den Kläger in Rüksicht der Klage anwenden will, sie sind auch für die Einreden des Beklagten gültige Normen.

III.

Von selbst bietet dieser allgemeine Gesichtspunkt die speciellen Regeln an, auf deren Festsetzung hier alles ankömmt.

I. Merkmale, bey deren Veränderung der Rechtsstreit nicht mehr derjenige seyn würde, der er

war, oder was eben soviel sagt, wesentliche Merkmale des Rechtsstreits können ohne Eingriff in die Rechte des andern gegen seinen Willen nicht verändert werden.

II. Merkmale hingegen, bey deren Veränderung die Identität des dermaligen Rechtsstreits mit dem schon anhängigen besteht, also zufällige Merkmale, können verändert werden, weil kein Eingriff in die Rechte des Gegners geschieht, und noch immer der Streit vorhanden ist, auf welchen er seine Rechtfertigung berechnet hat.

III. Niemand kann wider seinen Willen gezwungen werden, daß er seine auf einen Rechtsstreit gerichtete Vertheidigungen des Seinen zur Grundlage der Entscheidung für einen andern Rechtsstreit machen lasse; aber jeder streitende Theil kann zugeben, daß es geschieht, weil er dadurch in der That seine bey einem andern Rechtsstreit vorgenommenen Handlungen für Handlungen in dem izt zu entscheidenden Rechtsstreite erklärt. Ein jeder streitender Theil kann also seinem Rechte bey Veränderung wesentlicher Merkmale ausdrüklich oder stillschweigend entsagen.

IV. So lange eine Klage oder Exceptionsschrift dem Gegentheil vom Richter noch nicht mitgetheilt wurde, ist es eine einseitige Handlung, aus deren Inhalt dieser noch keine Rechte hat; vor derselben Mittheilung an den Gegentheil kann demnach jener, der sie übergeben hat, daran alle Veränderungen vornehmen, weil hier kein Eingriff in die erst durch die Communication entstehenden Rechte denkbar ist.

Das Erste hat die Kunstsprache Abänderung (mutatio) das Lezte Verbesserung (emendatio) genannt, diese ist also erlaubt, jene an sich rechtswidrig.

Es gilt aber bey den vorkommenden Streitigkeiten immer der Subsumtion auf diese Grundsätze, weil ein Theil jenes für wesentliche Merkmale hält, was der andere nur für zufällige ausgibt. Man muß also bey einer Erörterung dieses Gegenstandes sich auch darüber verbreiten.

IV.

I. Wesentliche Merkmale des Rechtsstreits sind

1) die streitenden Theile; denn wer wird eine Identität des Rechtsstreits behaupten können, wenn man einen Streit mit dem A. hat, und von einem Anspruch gegen B. die Rede ist?

2) Jede Prozeßart hat ihre Eigenheiten, und ein jeder Theil erlangt durch die Rechtsanhängigkeit in einer Prozeßart ein volles Recht, daß in dieser bestimmten Ordnung das Verfahren geendiget werde. Würde also die Prozeßart verändert, so bliebe zwar die Identität des Anspruchs, aber die Identität des Streits wäre gestöhrt. Erwäge man nur, daß im Executivprozesse nur liquide Beweise statt finden, um sich durch die Rechtsverletzungen des Beklagten, der durch eine Veränderung der Prozeßart sich auch auf illiquide Beweise des Klägers einlassen müßte, zu überzeugen, daß die Prozeßart zu den wesentlichen Merkmalen eines Rechtsstreits gehört.

3) Die Klage als Rechtsmittel (actio) hat da, wo auch mit Beybehaltung desselben Faktums zu verschiedenen Absichten verschiedene Klagen verstattet sind, nach den Eigenthümlichkeiten jeder Klage wesentlichen Einfluß auf die wechsel-

weisen Vertheidigungen; jede Veränderung daran ändert den bisherigen Rechtsstreit in wesentlichen Punkten. Erwäge man zum Beweise die verschiedenen Klagen zu verschiedenen Zwecken aus einer und derselben Injurie und die gegen jede dieser Klagen statt findenden Einreden.

4) Wo aber die spizfindigen Römer zu dem nämlichen Zwecke aus einem in der Hauptsache gleichen und nur in Nebendingen unterschiedenen Faktum mehrere Klagen mit verschiedenen Namen und Rechten bezeichneten, da ist es keine Veränderung der wesentlichen Merkmale eines Streits, wenn nicht dabey zugleich grössere Ansprüche an den Gegner wirklich gemacht werden. Ein Beyspiel ist die actio tutelae und protutelae.

5) Der Gegenstand des Streits ist gewiß ein wesentliches Merkmal. Ein Streit über ein Hauß kann mit einem Streit über einen Ring nicht für identisch gehalten werden.

6) Der rechtliche Grund (causa petendi bey Klagen) gehört nicht minder zu den wesentlichen Merkmalen des Rechtsstreits; mit ihm steht der

darauf gebaute Antrag, die da gegen statt finden-den Rechtfertigungen in der wesentlichsten Ver-bindung. Ein grosser Unterschied ist, ob ich et-was titulo singulari, oder titulo universali, jure hereditario oder dominii begehre, ob die exceptio ordinis, oder exceptio divisionis u. d. entgegengesezt wird.

7) Eben so verhält es sich mit den That-handlungen, aus denen ein Recht abgeleitet wird; das Geschäft macht den Grund des Rechts, wenn also an den Bestandtheilen des Geschäfts so ein Merkmal verändert wird, daß es nicht mehr dieses, sondern ein anderes Geschäft ist, so ist ein wesentliches Merkmal des Rechtsstreits verändert. Wenn einer hundert Gulden aus ei-nem Anlehen foderte, und nun hundert Gulden aus einem Kaufe fodern will, so sind dies ge-wiß wesentlich verschiedene Ansprüche.

8) Sogar entsteht eine Veränderung der wesentlichen Merkmale eines Rechtsstreits, wenn zwar weder am Gegenstand, noch an der Gat-tung des Rechtsgeschäfts etwas verändert wird, wenn aber doch eine andere Handlung zum Grund gelegt wird, jedoch nur unter der Bedingung

eines für den Gegentheil daraus entstehenden Nachtheils. Z. B. wenn der Gläubiger eine Schuld von 200 fl. aus einem Darlehen einklagte, und das Faktum eines Darlehensvertrags nach einer zwey Jahr erstandenen Urkunde vorbrachte, so ist es eine Veränderung eines wesentlichen Merkmals, wenn diese Foderung izt aus einem noch nicht zwey Jahre alten Schuldbrief gemacht wird, weil der Beklagte die Einrede der nicht geleisteten Zahlung verlieren würde, wenn man eine Identität des Rechtsstreits annehmen dürfte.

V.

II. Die ausserwesentlichen Aenderungen, woraus erlaubte Verbesserungen der Handlungen in einem Rechtsstreit entstehen, brauchen hier nicht so umständlich angegeben zu werden, indem alles das abgerechnet, was wesentlich ist, das Nichtwesentliche von selbst sich herauswirft. Insbesondere sind unter die nichtwesentlichen Merkmale zu rechnen Verbesserungen an Summen und Berechnungen, Berichtigungen der unrichtigen Benennungen oder Nebenbestimmungen am Streitgegenstand oder den streitenden Theilen worüber die Partheyen auch der falschen Be-

nennungen (Demonstratio falsa) ungeachtet einverstanden waren, Schreibfehler oder Irrthümer am Namen der Klage, welche aber sonst mit ihren wesentlichen Bestimmungen aus dem Klaglibelle entnommen werden konnte; insbesondere rechne ich hieher, wenn Faktum, Rechtsgrund und Zwek der Klage im wesentlichen bleibt, und nur durch Nebendinge eine Klage mit einem andern Namen eintritt, ohne daß man die besondern dabey eintretenden Rechtsansprüche verfolgt. Wer eine Vormundschaft führt, muß Rechnung legen, muß dem Kuranten das Vermögen bey erlangter Großjährigkeit ausantworten, muß den durch Verschulden verursachten Schaden ersetzen. Darin sind die Verbindlichkeiten und die Rechte gleich, die Vormundschaft mag ohne Aufstellung als Vormund (protutela) oder nach einer Aufstellung (tutela) geführt worden seyn *a*). Wenn nun der Kläger nicht wußte, ob jemand die Vormundschaft aus Anstellung oder ohne diese geführt hat, und die Klage aus der Protutel anstellte, so ist es keine Veränderung der wesentlichen Merkmale des Rechtsstreits, wenn er im Beweise über das Factum der vom Beklagten geführten Vormundschaft

a) Hellfeld Iurispr. forens. §. 1373.

die obrigkeitliche Bestellung seines Gegners als Vormund, die er erst fand, vorlegt. Denn hier ist die Identität des Rechtsstreits in einem, wie im andern Falle offenbar, Vormund ist, wer die Vormundschaft führt, man nenne ihn auf ächtrömisch tutor oder protutor — wer zum Vormund von der Obrigkeit bestellt wurde, sogar das Tutorium nahm, von dem läßt sich nicht zweifeln, daß er Vormund war, und vom Vormund läßt sich die Verbindlichkeit zu allem dem, was eingeklagt war nicht bezweifeln. Vormundschaftsführung war der Klagegrund — die Erfüllung dessen, was der Vormund leisten muß, der Gegenstand des Streits, alle diese Merkmale bleiben bey dem Tutor und Protutor unverändert, nur die Kunstnamen sind anders, die wesentlichen Merkmale bleiben dieselbe, es ist also keine unerlaubte Veränderuug (mutatio) der Klage.

VI.

Zur Erläuterung des Gegenstands will ich einen merkwürdigen Rechtsfall erzählen, bey dessen Entscheidung es auf richtige Grundsätze von Verbesserung und Veränderung der Klage ankömmt.

Bey dem Vordringen einer feindlichen Armee sollen die Gemeindglieder eines Dorfes durch einen Gemeindspruch unter sich einmüthig festgesezt haben, daß einem jeden der Werth eines paar Ochsen aus gemeiner Kasse (dies waren die Ausdrüke) vergütet werden sollte, wenn er sie durch den Feind verliehren würde. Einige Einwohner dieses Dorfs verlohren zwey und zwanzig Ochsen durch den Feind, und foderten den Ersatz des Werths. Da die Güte nichts fruchtete, so klagten sie gegen die Gemeinde und begehrten den Ersatz aus der Gemeindkasse. Die in der Gemeinde getroffene Verabredung nannten sie bald einen Gemeindespruch, bald einen Vertrag.

Die Gemeinde ließ sich auf die Klage ein, behandelte das Geschäft als einen Vertrag, und stellte das Daseyn desselben in Abrede.

In der Replik stritt man blos über einige Neben- und Zwischenumstände, um die Richtigkeit der Verabredung darzuthun.

VII.

Aber in der Duplik bekam die Sache eine Wendung, welche sie wichtig machte. Die beklagte Gemeinde führte an: I. da eine Gemeinde, als solche nach eigener Willkühr ohne Konsens der Dorfs, und Gemeindherrschaft nichts Verbindliches abschliessen könne, so sey der angebliche Vertrag ungültig, weil es an diesem Konsens mangle. Wäre aber auch dies Erfoderniß beobachtet worden, so stünde ihr die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, indem bey einem Geschäfte, wo die Gemeinde, als solche, fremden Schaden tragen sollte, an der Läsion gar nicht zu zweifeln sey. II. Die Gemeindkasse sey kein Privateigenthum der Gemeindglieder, sie hätten also sämtlich einen Vertrag auf Kosten der Gemeindkasse nicht abschliessen können. III. Daß auch für die einzelnen Gemeindglieder daraus keine Verbindlichkeit entstehe, wurde ohne Ausführung behauptet.

VIII.

Die Kläger erwiederten darauf in der Triplik I. daß ohne Konsens des Gemeindherrn Gemeinden keine Verbindlichkeiten durch Verträge

auf sich nehmen können, sey nur Regel, aber der Nothfall Ausnahme, und der Nothfall sey eingetreten, da der Feind vor der Thüre und Anzeige an den Gemeindherrn nicht mehr möglich, die Gemeinde also sich selbst überlassen war. — Auch sey der Vertrag für die Gemeinde von entschiedenem Nutzen gewesen, da es sonst zur grossen Gefahr der ganzen Gemeinde an den wesentlichsten Bedürfnissen einer Armee, an Vorspann und an Fleisch gefehlt hätte. II. Unter solchen Umständen hätte auch ein verbindlicher Vertrag Namens der Gemeinde, als solcher, abgeschlossen werden können. III. Wäre aber die Gemeinde nicht verbunden, so müßte ein Anspruch gegen die einzelnen Gemeindglieder um desto eher begründet seyn, denn diese könnten sich blos durch ihre Einwilligung verbindlich machen, sey also der Vertrag erwiesen, so lasse sich an ihrer Verbindlichkeit als Kontrahenten nicht zweifeln.

IX.

In der Quatruplik versezte die beklagte Gemeinde: I. Ein Vertrag fodere zwey paciscirende Theile; wenn auch die Gemeinde so etwas, wie die Kläger anführen, nach einhelligen oder mehreren Stimmen unternommen ha-

be, so mache sie immer nur einen Theil aus, und könne nie zwey handelnde Personen vorstellen, ohne die sich ein Vertrag nicht denken lasse, und mit sich selbst habe sie den Vertrag offenbar nicht abschließen können; es falle demnach jede Idee eines Vertrags von selbst hinweg. II. Wenn also der Wille der Gemeinde für eine Entschädigung vorhanden gewesen wäre, so könnte dies höchstens als ein Gemeindschluß angesehen werden, und dieser hätte ohne Consens der Gemeindherrschaft auch in dem Nothstand nicht abgefaßt werden können, denn die Gemeinde und ihre Kasse hätte keine Ochsen gehabt, der fragliche Schluß ihr demnach gar keinen Vortheil bringen können. Auch seye die Absicht, Excesse des Militairs zu verhindern, nicht erfüllt und von den Einwohnern alles Viehe aus dem Dorfe geflüchtet worden. III. Daß gegen die einzelnen Gemeindeglieder kein Anspruch gemacht werden könne, zeige sich theils 1) aus der Geschichtserzählung der Kläger, wo sie sagten, der Gemeinspruch gehe auf Vergütung aus gemeiner Kasse — keines der Gemeindglieder habe also daran gedacht, sich zu verbinden. 2) Da die Kläger bisher nach einem angeblichen Vertrage ihren Anspruch nur gegen die

Gemeindkasse gerichtet hätten, so könnten sie nun nicht mehr an deren Stelle die Privatsäckel der einzelnen Gemeindglieder setzen.

X.

In allen den Verhandlungen läugnete der beklagte Theil das Daseyn des Gemeindspruchs, welches die Kläger fest behaupteten, daher wurde vom Richter erster Instanz in einem Interlocut den Klägern der Beweis auferlegt:

„daß sämtliche Gemeindglieder unter sich „den fraglichen Vertrag gemacht haben."

XI.

Gegen dieses Urtheil wandte die Gemeinde die Appellation ein, und stellte folgende Beschwerden auf:

1) Das vorige Urtheil setze einen ganz andern Beklagten voraus, und weiche von dem, von Klägern angeführten Klaggrund ganz ab.

Die Kläger hätten gegen die Gemeinde resp. ihre Kasse geklagt, dies bezeuge der Klaglibell durchgehends, und erhelle aus der

Replik, worin die Kläger begehrten, daß den Beklagten als Vertretern der Gemeinde nicht gestattet werde, die Kosten zu diesem Prozesse aus der Gemeindkasse zu bestreiten; blos hierauf hätte sich daher das erstrichterliche Urtheil beschränken sollen: ob der Klaggrund der Gegner rechtlich bestehe, ob durch den Gemeindspruch eine Verbindlichkeit auf die Gemeindkasse gelegt werden könne?

Der Richter voriger Instanz habe wohl eingesehen, daß der angebliche Gemeindschluß oder Vertrag gegen die Gemeindkasse unverbindlich sey, weil er ohne Genehmigung der Dorfs- und Gemeindherrschaft eingegangen wäre, wornach die Kläger mit ihrer Klage gegen die Gemeindkasse hätten abgewiesen werden müssen; allein er sey auf ein aktenwidriges, und jedem Gemeindgliede lästiges Erkenntniß verfallen, nach welchem Kläger beweisen sollten, daß sämmtliche Glieder unter sich den Vertrag gemacht hätten, einander für die entkommenen Ochsen zu haften.

2) Der vom Richter voriger Instanz auferlegte Beweis liege ausser der Sphäre der Akten,

weil die Klage keineswegs gegen die Gemeindglieder untereinander gerichtet gewesen.

Ein großer Unterschied sey zwischen einer Verbindlichkeit, welche von der Gemeinde rüksichtlich ihrer Gemeindkasse — und zwischen jener, welche von den Gemeindgliedern unter sich wechselseitig zu erfüllen ist. Schwer sey es daher zu begreifen, daß der Richter voriger Instanz eine der Gemeindkasse ganz allein zugeschobene Verbindlichkeit — und eine von sämmtlichen Gemeindgliedern wechselseitig unter sich eingegangene Verbindlichkeit für eines halte, sie deßhalb rüksichtlich ihres Privatvermögens zum Mitbeklagten mache, uud gegen leztere auf Beweis einer Verbindlichkeit erkenne, welche von den Gegnern blos als eine zur Last der Gemeindkasse stipulirte Verbindlichkeit angegeben werde. Um da weniger könne das Urtheil erster Instanz in dieser Rüksicht für rechtsbeständig gehalten werden, als es a) ein unumstößlicher Rechtssatz sey, quod universitas debet, singuli non debent; b) ein jeder Vertrag stricte interpretirt werden müsse, besonders, wenn eine Ausdehnung gegen die Absicht der

Kontrahenten lauft. Die Gemeinde hätte, wenn auch per inconceſſum ein ſolcher Schluß zu Stande gekommen wäre, keine andere Abſicht gehabt, als auf eine, jedem Gemeindeglied unſchädliche, Weiſe für die Vergütung des durch den Feind entkommenen Viehes Vorſehung zu thun, und zu beſtimmen, daß der Erſatz aus der Gemeindkaſſe geleiſtet werden ſolle. Nie aber könne man behaupten, daß, wenn dieſer Gemeindſchluß rechtswidrig ſey, die Gemeindglieder die Meynung gehegt hätten, ſich untereinander aus eigenem Vermögen zu verbinden.

Dieſes ſey für die Mehrſten, beſonders da nicht einmal der Werth der Ochſen beſtimmt war, eine viel zu gefährliche Sache geweſen, um ſich zu ſo einem Vertrage zu verſtehen. Sämtliche Gemeindglieder könnten alſo weder principaliter noch in ſubſidium verbunden ſeyn, den Schaden der Kläger zu tragen.

3) Endlich halten ſich Appellanten auch noch dadurch beſchwert, daß den Klägern ſchon vorläufig der Beweis auferlegt worden ſey, ehe und bevor ſie ſich auf die Klage eingelaſſen,

und was jeden unter ihnen besonders betreffe, ihre Einreden entgegengesezt haben; lezteres habe noch nicht Platz finden können, weil die Klage gegen die Gemeinde und ihre Kasse gerichtet gewesen, folglich von ihnen nur jenes entgegengesezt worden, was auf das Ganze Bezug hatte. Wo sie als der beklagte Theil noch nicht anzusehen, noch nicht gründlich gehört seyen, könnten sie unmöglich mit Gleichgültigkeit zulassen, daß die Kläger den gegen sie erkannten Beweis antreten.

Gebeten wurde: Appellations, und resp. Nullitätsprozesse zu erkennen, und suspensa eorum expeditione das erst richterliche Urtheil dahin zu reformiren, daß Kläger mit ihrer Klage, immassen sie angebracht ist, ab, und zur Ruhe zu verweisen seyen.

XII.

Der Fall ist gewiß in Beziehung auf die Lehre von Veränderung der Klage sehr instruktiv, seine Beurtheilung will ich mir aber, weil er noch in unentschiedenen Rechten schwebt, auf eine andere Zeit — vielleicht im nächsten Bande — vorbehalten.

XXV.

Von der Verbindlichkeit des Faustpfandgläubigers, bey entstandenem Konkurse das Faustpfand dem Konkursgerichte zum Verkaufe auszuliefern.

Zu Danz summar. Proz. §. 127.

I.

Besondere Landesgesetze entziehen den Faustpfändern ein Vorrecht bey dem Konkurse der Gläubiger. Die baierschen Landesgesetze verbinden den Gläubiger, die Faustpfänder dem Gerichte zum Verkauf zu übergeben, und sich in den Konkurs einzulassen, wo die Foderung als eine Privathypothek classificirt wird *a*), auch die sächsischen Gesetze weisen den Faustpfandgläubiger an, sich schlechterdings an die Kaufgelder zu halten *b*). Aber wo solche besondere

a) Cod. Civ. P. II. cap. 6. §. 13. n. 6. Cod. Iud. cap. 20. §. 9. n. 5.

b) Kind de retentione pignoris in concursu creditorum secundum Ius Saxonicum electorale exule. Leipzig, 1785.

Gesetze nicht vorhanden sind, da behaupten die mehrsten Rechtslehrer, daß der Konkurs an den Rechten des Gläubigers nichts ändere, daß die Masse alle Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners erfüllen müsse, also das Pfand nicht anders, als nach bezahlter Schuld, zurükfodern könne c).

II.

Man kann nicht verkennen, daß diese Lehre grosse Zweifel übrig läßt. Das Faustpfand bleibt Eigenthum des Schuldners a), der Gläubiger hat also nur ein Pfandrecht. So lange er nur seinem Schuldner gegenüber steht, hat er das Retentionsrecht, bis er befriediget ist; aber wo er nach entstandenem Konkurse der Gläubiger in ein Rechtsverhältniß mit den übrigen Gläubigern kömmt, wo die Gesetze unter ihnen einen Rechtsstreit über das Vorzugsrecht annehmen, und dessen Entscheidung zum Gegenstande des Konkursverfahrens machen, da genügt sein Retentionsrecht nicht, da muß er als ein Gläubiger, der zur Sicherheit eine fremde

c) Kind a. a. O. §. 2.

a) L. 9. C. de pignor.

Sache als Unterpfand hat, ein Vorzugsrecht aus der Qualität seiner Foderung darthun; sein Retentionsrecht gegen den Schuldner giebt ihm kein Vorzugsrecht gegen die Mitgläubiger. So sorgfältig die Gesetze im Titel qui potiores in pignore die Verhältnisse des Vorzugs unter den Gläubigern bestimmt haben, so findet man doch darin keine Spur eines, den Faustpfändern verliehenen Vorzugs, so nothwendig es auch war, darüber etwas zu bestimmen, wenn sie, als ein Privatunterpfand, vor den gesetzlichen und gerichtlichen Hypotheken einen Vorzug hätten haben sollen.

III.

Sey es aber auch, daß besondere Landesgesetze den Faustpfändern den grossen, und politisch nicht anzurathenden, Vorzug aus dem mißverstandenen Retentionsrechte zugestehen, oder daß man der gemeinen Meynung anhängen will, so bleibt immer noch die grosse Frage übrig, ob nicht wenigstens der Faustpfandgläubiger schuldig sey, das Pfand zu Gericht zu bringen, damit es in das Inventarium eingetragen, und vom Gerichte öffentlich verkauft werde? — Eine

Frage, worüber die Vertheidiger der gemeinen Meynung sich noch nicht bestimmt erklärt haben, und die ich hier beantworten will.

IV.

Ich glaube, daß Faustpfandgläubiger auch in Voraussetzung eines Separations- und Retentionsrechts derselben bey einem Konkurse hiezu verbunden sind. Denn

1) die verpfändete Sache bleibt Eigenthum des Gemeinschuldners, sie macht also einen Theil der Konkursmasse aus, welcher auch jenes zu gutem kömmt, was nach bezahlter Schuld am Kaufpreise übrig bleibt *a*). So lange also diese Faustpfänder noch nicht in das Inventarium eingetragen sind, kann man die Masse nicht für vollständig berichtiget ansehn, und es mangelt am ersten Mittel, ohne welches die Endigung eines Koncurses nicht gedacht werden kann *b*).

V.

2) Wer soll denn das Faustpfand verkaufen? Die Veräusserung des Vermögens muß bey einem

a) Kind a. a. O. §. 2.

b) Danz summar. Proz. §. 132. Grolman §. 255.

Konkurse eine öffentliche, unter gerichtlichem Ansehen zu vollziehende (Auction oder Subhastation) seyn c), und nur der übereinstimmende Wille der Glaübiger kann davon eine Ausnahme rechtfertigen. Kein Gesetz kann aufgefunden werden, woraus man für Faustpfänder ein dem Zweck eines Konkursverfahrens widersprechendes Vorzugsrecht ableiten, und beweisen könnte, daß die Faustpfänder nicht zum Inventarium gebracht, nicht vom Gerichte verkauft werden könnten, sondern daß dem Faustpfandglaübiger ein Retentionsrecht den ewigen Besitz bis nach wirklich geleisteter Zahlung auch gegen den Zwek des Konkursverfahrens gewähre

VI.

3) Selbst der Geist des Pfandvertrags fodert, daß der Glaübiger bey entstandenem Konkurse das Pfand zum Zwek eines ordnungsmäßigen Verkaufs dem Gericht überliefere. Die ihm aus der Sache zukommende Sicherheit gibt ihm ein Recht, auf Veräusserung des Pfands a) zu dringen. Er selbst aber darf den Verkauf nicht vornehmen, weil bey einem Konkurse alles Ver-

c) Grolman §. 256.

a) Tit. Dig. de distractione pignorum.

mögen des Gemeinschuldners gerichtlich und öffentlich verkauft werden muß; es ist also gar kein anderes Mittel übrig, wodurch der Pfandgläubiger zu seiner Zahlung gelangen könnte, als daß er das Faustpfand zum Konkursgerichte bringt, welches dasselbe öffentlich verkauft, und den Gläubiger aus dem Werthe befriedigt.

VII.

4) Betrachte man die Inkonsequenzen, welche bey einer gegentheiligen Ausdehnung des Retentionsrechts entstünden. — Entweder müßte der Richter einen öfters bedeutenden Geldvorrath haben, um die Faustpfänder einzulösen, oder er könnte kein vollständiges Inventarium fertigen, die Masse nicht berichtigen, eine doppelte Versteigerung würde die Kosten verdoppeln, und ohne Noth das ohnedieß weitaussehende Konkursverfahren verlängern.

VIII.

5) Nur darf diese Auslieferung den Rechten des Faustpfandgläubigers nicht weiter nachtheilig seyn, als der Zwek eines Konkursverfahrens schlechthin fodert; nicht weiter nämlich, als daß der Richter das Inventarium vollständig mache,

und das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners ordnungsmäsig verkaufe. Das Separationsrecht des Gläubigers, welches die Gesetze, wenn auch durch eine mißverstandene Anwendung des Retentionsrechtes, ihm zu ertheilen, bewogen wurden, darf durch diese Aushändigung der Faustpfänder nicht aufgehoben werden. Dieser Zwek wird erreicht, wenn der Gläubiger vom Gerichte einen Empfangschein über die geschehene Auslieferung des Faustpfands mit der Versicherung erhält, daß diese Aushändigung seinen Rechten als Faustpfandgläubiger nicht schaden, und derselbe, wenn seiner Foderung kein rechtlicher Grund entgegensteht, aus dem Werthe des verkauften Pfandes nach dem durch die Gesetze bestimmten Vorzugsrechte befriediget werden soll. Auf diese Weise können beyde Zwecke vereinigt, die Rechte des Faustpfandgläubigers erhalten, und doch die Absicht des Konkursverfahrens erreicht werden.

Meine Meynung erhält aber eben durch den Umstand, daß hiebey gar nichts zum Nachtheil des Faustpfandgläubigers vorgeht, eine Bestärkung, welche die Widerlegung der etwa dagegen vorzubringenden Einwürfe entbehrlich macht.

Bayerische Staatsbibliothek München

Erlangen

gedrukt, bey Johann Augustin Hilpert.

Verbesserungen.

Seite 33. Zeile 17. statt Ceine lies Keine
— 96. — 12. st. Appellant l. Appellat.
— 104. — 8. st. abstellen l. abstecken.
— 459. — 16. st. Sit l. fit.
— 459. — 18. st. unfähi en l. unfähigen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erö
rterung seiner wichtigsten Gegenstände

Bd.: 1

Erlangen (1801)

Bibl.Mont. 5064-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726414-0